

SUMÁRIO

RELATÓRIO	7
FUNDAMENTAÇÃO	14
I – PRELIMINARES	14
I.1. Decadência	14
I.2. Coisa Julgada Administrativa	17
II – ACHADOS DE AUDITORIA	24
II.1. Abertura de procedimento licitatório com elementos insuficientes de Projeto Básico	24
a) Relatório de Auditoria	24
b) Respostas à citação e à notificação	25
c) Instrução Técnica Conclusiva	26
d) Voto	28
II.2. Inclusão, como obrigação da concessionária, do pagamento de dívida do Estado	29
a) Relatório de Auditoria	29
b) Respostas à citação e à notificação	31
c) Instrução Técnica Conclusiva	32
d) Voto	34
II.3. Inexistência de aprovação do edital pela assessoria jurídica ou pelo controle interno	35
a) Relatório de Auditoria	35
b) Respostas à citação e à notificação	36
c) Instrução Técnica Conclusiva	37
d) Voto	38
II.4. Restrição ilegal do caráter competitivo do certame	39
II.4.1. Exigência de critérios subjetivos para pontuação das propostas	41
a) Relatório de Auditoria	41
b) Respostas à citação e à notificação	42
c) Instrução Técnica Conclusiva	43
d) Voto	43
II.4.2. Exigência de Visita Técnica conjunta e obrigatória	455

a) Relatório de Auditoria_____	455
b) Respostas à citação e à notificação _____	466
c) Instrução Técnica Conclusiva_____	477
d) Voto _____	488
II.4.3. Inobservância dos prazos legais de publicidade do certame_	49
a) Relatório de Auditoria_____	49
b) Respostas à citação e à notificação _____	50
c) Instrução Técnica Conclusiva_____	51
d) Voto _____	52
II.4.4. Fixação de patrimônio líquido abusivo para fins de habilitação	
_____	544
a) Relatório de Auditoria_____	544
b) Respostas à citação e à notificação _____	55
c) Instrução Técnica Conclusiva_____	566
d) Voto _____	57
II.4.5. Fixação de garantia de proposta abusiva para fins de habilitação	
_____	59
a) Relatório de Auditoria_____	59
b) Respostas à citação e à notificação _____	60
c) Instrução Técnica Conclusiva_____	611
d) Voto _____	61
II.4.6. Exigência de garantia de manutenção de proposta concomitante à exigência de patrimônio líquido mínimo _____	63
a) Relatório de Auditoria_____	63
b) Respostas à citação e à notificação _____	63
c) Instrução Técnica Conclusiva_____	64
d) Voto _____	65
II.5. Inexistência de critérios objetivos para aferir a adequação do serviço prestado no que tange à fluidez do tráfego na Terceira Ponte	
_____	66
a) Relatório de Auditoria_____	66
b) Respostas à citação e à notificação _____	70
c) Instrução Técnica Conclusiva_____	711
d) Voto _____	72

II.6. Expedição ilegal de licença ambiental prévia	74
a) Relatório de Auditoria	74
b) Respostas à citação e à notificação	766
c) Instrução Técnica Conclusiva	76
d) Voto	77
II.7. Acréscimo irregular de verba rescisória para fins de reequilíbrio econômico-financeiro	78
a) Relatório de Auditoria	78
b) Respostas à citação e à notificação	79
c) Instrução Técnica Conclusiva	80
d) Voto	81
II.8. Expedição de licença de operação sem o cumprimento de todas as condicionantes ambientais	82
a) Relatório de Auditoria	82
b) Respostas à citação e à notificação	83
c) Instrução Técnica Conclusiva	85
d) Voto	87
II.9. Repasse a menor da Verba para Custeio da Fiscalização	88
a) Relatório de Auditoria	88
b) Respostas à citação e à notificação	90
c) Instrução Técnica Conclusiva	91
d) Voto	91
II.10. Repasse a menor da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária	93
a) Relatório de Auditoria	93
b) Respostas à citação e à notificação	94
c) Instrução Técnica Conclusiva	95
d) Voto	96
II.11. Alteração nas exigências de operação / administração sem correspondente equilíbrio econômico-financeiro	97
a) Relatório de Auditoria	97
b) Respostas à citação e à notificação	100
c) Instrução Técnica Conclusiva	1055
d) Voto	109

II.12. Fiscalização deficiente do Poder Concedente	120
a) Relatório de Auditoria	120
b) Respostas à citação e à notificação	125
c) Instrução Técnica Conclusiva	128
d) Voto	132
II.13. Índice de reajuste inadequado ao perfil dos serviços prestados	136
a) Relatório de Auditoria	136
b) Respostas à citação e à notificação	137
c) Instrução Técnica Conclusiva	139
d) Voto	142
II.14. Não comprovação de cumprimento das pendências nas obras enumeradas no Termo de Vistoria	144
a) Relatório de Auditoria	144
b) Respostas à citação e à notificação	145
c) Instrução Técnica Conclusiva	146
d) Voto	147
II.15. Obras executadas com qualidade inferior à contratada	149
a) Relatório de Auditoria	149
b) Respostas à citação e à notificação	154
c) Instrução Técnica Conclusiva	158
d) Voto	162
II.16. Sobrepreço da Tarifa Básica de Pedágio	166
a) Relatório de Auditoria	166
b) Respostas à citação e à notificação	174
c) Instrução Técnica Conclusiva	175
d) Voto	178
II.17. Desequilíbrio econômico-financeiro da concessão	182
a) Relatório de Auditoria	182
b) Respostas à citação e à notificação	188
c) Instrução Técnica Conclusiva	192
d) Voto	197
II.17.1 – Ocorrência 1 – Avaliação dos Investimentos	206
a.1) Relatório de Auditoria	206

b.1) Respostas à citação e à notificação _____	216
c.1) Instrução Técnica Conclusiva _____	223
d.1) Voto _____	233
II.17.2 – Ocorrência 2 – Aplicação de redutor na tarifa de pedágio da Terceira Ponte _____	265
II.17.3 – Ocorrência 3 – Congelamento da tarifa de pedágio da Terceira Ponte _____	265
II.17.4 – Ocorrência 4 – Atraso na homologação do reajuste tarifário _____	267
II.17.5 – Ocorrência 5 – Isenção do pedágio para os ônibus do Sistema Transcol _____	267
a.5) Relatório de Auditoria _____	267
b.5) Respostas à citação e à notificação _____	269
c.5) Instrução Técnica Conclusiva _____	269
d.5) Voto _____	270
II.17.6 – Ocorrência 6 – Suspensão da cobrança da outorga ____	271
II.17.7 – Ocorrência 7 – Recebimento de receitas alternativas ____	272
II.17.8 – Ocorrência 8 – Mudanças na legislação da COFINS ____	273
II.17.9 – Ocorrência 9 – Mudanças na legislação do PIS _____	274
II.17.10 – Ocorrência 10 – Mudanças na legislação da CPMF ____	275
II.17.11 – Ocorrência 11 – Repasses e exclusão da Verba para Custeio da Fiscalização _____	276
II.17.12 – Ocorrência 12 – Criação da Taxa de Regulação e de Fiscalização do Serviço Público e Infraestrutura Viária – TRV ____	278
II.17.13 – Ocorrência 13 – Repasses da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária _____	279
II.17.14 – Ocorrência 14 – Não concessão do reajuste tarifário em 2008 e 2009 _____	280
II.17.15 – Ocorrência 15 – Avaliação dos custos de mão de obra operacional e administrativa _____	281
a.15) Relatório de Auditoria _____	281
b.15) Respostas à citação e à notificação _____	282
c.15) Instrução Técnica Conclusiva _____	282
d.15) Voto _____	283

II.17.16 – Ocorrência 16 – Avaliação dos custos operacionais e administrativos, exclusive mão de obra _____	283
a.16) Relatório de Auditoria _____	283
b.16) Respostas à citação e à notificação _____	284
c.16) Instrução Técnica Conclusiva _____	284
d.16) Voto _____	285
III – DA PROPOSTA DE ANULAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO N.º 001/1998 _____	286
DISPOSITIVO DO VOTO _____	304

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

**REPRESENTAÇÃO – AUDITORIA ESPECIAL
– CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS N.º
001/1998 – PRESCRIÇÃO – PROCEDÊNCIA
PARCIAL – DETERMINAÇÕES**

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

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.

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

Em meio ao trâmite processual, a Concessionária Rodovia do Sol S/A opôs Exceção de Impedimento (Processo TC 6489/2015), alegando que o então Relator do Processo TC 5591/2013, Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, quando ocupou o cargo de Auditor Geral do Estado, coordenou os trabalhos técnicos elaborados pela “Comissão Especial para Avaliação do Equilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato de Concessão firmado entre o Departamento de Edificações, Rodovias e Transportes/DERTES e a Concessionária Rodovia do Sol S/A” e que tal feito implicaria em seu impedimento para atuar nos autos, já que a sua atuação seria configurada como de mandatário e/ou perito do Estado, nos termos do art. 18, II, da Lei n.º 9.784/99.

Por meio do Acórdão TC 02027/2015-2, o Plenário da Corte de Contas deliberou, nos termos do voto do Relator, Conselheiro José Antônio Almeida Pimentel, por maioria, pela rejeição do incidente, sendo mantido o Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo na relatoria do Processo TC 5591/2013.

A Concessionária Rodovia do Sol S/A interpôs recurso de Agravo (Processo TC 990/2016), em face do Acórdão TC 2027/2015, renovando os fundamentos originariamente apresentados. O Plenário do Tribunal de Contas, por meio do Acórdão TC 00506/2017-7, negou provimento ao recurso, ratificando o seu entendimento pela rejeição do incidente.

O processo, então, obedeceu a sua tramitação regimental e, depois de emitida a Instrução Técnica Conclusiva n.º 00308/2015-4 e o Parecer do MPC n.º 04365/2015-1, foi incluído na pauta da 45ª Sessão Ordinária do Plenário de 2016, ocorrida no dia 20/12/2016, ocasião em que o Dr. Rodrigo Loureiro Martins, patrono da Concessionária Rodovia do Sol S/A, fez uso da tribuna para realização de sustentação oral, além de colacionar novos documentos.

Ato contínuo, o processo foi novamente remetido à análise do corpo técnico e do Ministério Público de Contas, tendo sido novamente pautado pelo então Conselheiro Relator.

Na 32ª Sessão Ordinária do Plenário de 2017, realizada em 19/09/2017, o Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo proferiu seu voto, tendo, na sequência, o Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges pedido vista dos autos.

Ocorre que, em sessão de julgamento realizada no dia 24/10/2017 – em meio ao período em que o processo se encontrava sob vista do Conselheiro Sérgio Borges –, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 52.927/ES² e, nos termos do voto do Relator, Ministro Herman Benjamin, reformou o acórdão prolatado pelo Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, para, no mérito, conceder a segurança à Concessionária Rodovia do Sol S/A, reconhecendo o impedimento do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo para atuar nos autos do Processo TC 5591/2013, tendo a decisão transitado em julgado em 20/03/2018.

Já cientificada do extrato da decisão do STJ, em cumprimento à mesma, esta Corte de Contas, na 1ª Sessão Ordinária do Plenário, realizada em 30/01/2018, procedeu à redistribuição da relatoria por sorteio, tendo sido esta Conselheira designada para relatar os Processos TC 5591/2013, 8336/2016 e quaisquer outros processos ou incidentes que tiverem alguma relação com o Contrato de Concessão n.º 01/1998.

Em decorrência do acórdão prolatado pelo STJ, submeti ao Plenário a proposta de aproveitamento dos atos praticados pelo Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, enquanto relator destes autos, até o Voto do Relator n.º 05590/2017-1, devendo as demais peças processuais serem desentranhadas dos autos e sua prática ser novamente realizada pela Corte.

² Interposto nos autos do Mandado de Segurança n.º 0003666-54.2016.8.08.0000.

Nos termos da Decisão n.º 02013/2018-5, o Plenário da Corte corroborou com o voto que submeti à apreciação, anulando os atos a partir do Voto do Relator n.º 05590/2017-1.

Por fim, destaco que, em atendimento à Decisão n.º 00791/2019-9, foram apensados a estes autos os autos do Processo TC 12529/2014, já que a matéria debatida naqueles autos é inteiramente repisada no processo ora em julgamento.

1.1. Propostas de encaminhamento do corpo técnico

A análise conclusiva 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).

No âmbito da Instrução Técnica Conclusiva n.º 00308/2015-4, após a análise dos autos, o corpo técnico concluiu 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);

Em razão disso, sugeriu a 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, sugeriu 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 apurar 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 como eventos causadores 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 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)
- (b) 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);
- (c) 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);
- (d) 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);
- (e) Ocorrências, listadas no Apêndice O da ITC, cujos fundamentos não tenham sido elididos pelos esclarecimentos.

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 Rodovial 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 nos valores de R\$ 3.000,00 (três mil reais) e R\$ 100.000,00 (cem mil reais) 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.

Feitos os destaques, passo a análise dos pontos debatidos nos autos.

FUNDAMENTAÇÃO

I – PRELIMINARES

I.1. Decadência

A primeira preliminar suscitada pela Concessionária Rodovia do Sol S/A é pertinente à decadência.

Em suma, alegou a concessionária que diversos atos administrativos albergados por achados de auditoria, evidenciados no Relatório de Auditoria n.º 10/2014, estariam alcançados pela decadência, uma vez que praticados em período superior a cinco anos da instauração do presente processo fiscalizatório, ou seja, tratam-se de atos administrativos anteriores a 2008.

Baseia-se no acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial n.º 658.130/SP, no qual a Primeira Turma manifestou-se no sentido de que a *segurança jurídica impõe a limitação do poder de autotutela do Estado, mesmo que isso signifique a convolação de atos antijurídicos*.

Sustentou, ainda, que o reconhecimento da nulidade contratual neste momento ficaria adstrito à comprovação de que houve má-fé da concessionária, o que não seria o caso dos autos.

Entretanto, analisadas as teses expostas, bem como a manifestação técnica a respeito do tema, corroboro com a conclusão do corpo técnico, entendendo pelo afastamento da preliminar.

Conforme precedente do Superior Tribunal de Justiça em caso análogo – Recurso Especial n.º 1238478/RS –, o prazo decadencial, nos casos em que se debata a revisão de contrato administrativo, inicia-se a partir do termo final do pacto. Vejamos:

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, 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, §§ 1º e 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 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 marco 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 Ag 1.104.333/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 26.5.2009, DJe 10.6.2009.)

7. Recurso Especial não provido. (STJ; Recurso Especial n.º 1238478/RS; Relator Min. Herman Benjamin; Órgão Julgador – Segunda Turma; Julgado em 13/02/2012; Publicação – DJe 12/04/2012)

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.

Há de se observar, inclusive, que o artigo 54 da Lei n.º 9.784/1999³ discrimina

³ **Art. 54.** O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

que o prazo decadencial para a anulação seria de 05 (cinco) anos, nos casos em que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, salvo a comprovação de má-fé.

Neste caso, como a conclusão do estudo técnico evidencia aparentes prejuízos aos destinatários da concessão – cidadãos usuários –, não se poderia aplicar o prazo acima destacado, já que, nos termos da supracitada norma, haveria a necessidade de comprovação de efeitos favoráveis aos destinatários.

Portanto, sopesados os fundamentos apresentados, corroboro com o opinamento técnico e entendo pelo afastamento da preliminar suscitada pela concessionária de decadência da análise dos atos administrativos objeto do processo fiscalizatório.

I.2. Coisa Julgada Administrativa

A concessionária também sustentou que a Corte de Contas não poderia proceder à análise do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, uma vez que, o Tribunal já teria concluído, em análise realizada nos autos do Processo TC 4574/2009 – Acórdão TC 035/2010 –, que não havia desequilíbrio na relação contratual, suscitando que eventual reanálise representaria violação à coisa julgada administrativa.

Manifestou-se, ainda, por indicar que os pontos de análise das auditorias realizadas nestes e naqueles autos seriam idênticos, reforçando que uma conclusão diferente da alcançada naqueles autos representaria desrespeito à coisa julgada.

Acerca da matéria, o corpo técnico posicionou-se pelo seu afastamento.

Nos termos expostos na Instrução Técnica Conclusiva n.º 00308/2015-4, a área técnica pontua as divergências entre a análise realizada no âmbito do Processo

TC 4574/2009 da análise realizada nestes autos, evidenciando que, naqueles autos, a auditoria fixou a sua avaliação em apenas três aspectos, quais sejam:

- (i) 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;
- (ii) a adequação do serviço público prestado;
- (iii) a atuação do DER/ES na elaboração e fiscalização do referido contrato de concessão.

Em contrapartida, a análise das *questões de auditoria* (QA) propostas no Relatório de Auditoria n.º 10/2014, evidenciam que o escopo do atual processo se diferencia do Processo TC 4574/2009, sendo ampliado e muito mais aprofundada a análise do contrato de concessão e, até mesmo, do procedimento licitatório. Vejamos:

- QA01. É juridicamente possível impor aos usuários da Ponte Darcy Castello de Mendonça (Terceira Ponte) o encargo de suportar os investimentos realizados na ES-060 (Rodovia do Sol)?
- QA02. A licitação foi precedida dos elementos do Projeto Básico nos moldes exigidos pela legislação?
- QA03. Foi juridicamente correta a inclusão na Concessão do Sistema Rodovia do Sol, como encargo do licitante vencedor, do pagamento à empresa Operação de Rodovias Ltda – ORL do saldo devedor da dívida contraída pela mesma para construção da Terceira Ponte?
- QA04. Houve a análise jurídica prévia do edital por assessoria jurídica e/ou controle interno?
- QA05. O caráter competitivo do certame licitatório foi observado?
- QA06. O edital e o contrato possuem critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço, no tocante à fluidez do tráfego, em todos os trechos da concessão?
- QA07. As cláusulas referentes ao fluxo veicular e aos riscos de trânsito envolvidos são juridicamente válidas?
- QA08. Havia a Licença Ambiental Prévia antes da licitação?
- QA09. A TIR do projeto, no momento da concessão, estava adequada à realidade nacional?
- QA10. Ocorreu alguma inabilitação ilegal?

- QA11. A receita tarifária realizada da Concessionária foi superior à prevista na sua proposta comercial em decorrência da não adoção, na projeção de volume de tráfego, dos parâmetros e metodologias adequadas disponíveis à época?
- QA12. As verbas rescisórias do Contrato da Companhia de Desenvolvimento de Projetos Especiais – CODESPE com a ORL, previstas na Cláusula 232 do Edital de Concorrência Pública nº. 1/1998, e o valor dos demais compromissos assumidos pela CODESPE junto a credores que, segundo o 1º Termo Aditivo, teriam sido pagos pela Concessionária com autorização do Departamento de Estradas de Rodagem – DER/ES, foram efetivamente pagos?
- QA13. Houve superfaturamento referente às obras de ampliação e recuperação previstas para serem realizadas pela concessionária?
- QA14. Havia a Licença Ambiental de Instalação antes do início da execução das obras?
- QA15. O volume financeiro utilizado para as desapropriações guarda consonância com seu valor paradigma?
- QA16. Alguma condicionante ambiental, medida mitigadora, contingencial ou compensatória prevista em licença ambiental foi descumprida pela Concessionária?
- QA17. A Verba para Custeio da Fiscalização foi efetivamente paga pela Concessionária conforme previsto no Edital, Contrato e alterações?
- QA18. A Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária foi efetivamente paga pela Concessionária conforme previsto no Edital, Contrato e alterações?
- QA19. A Verba para Pagamento dos Direitos de Concessão foi efetivamente paga pela Concessionária conforme previsto no Edital, Contrato e alterações?
- QA20. A Concessionária se beneficiou com o adiamento dos investimentos previstos no Contrato?
- QA21. A operação do sistema e os serviços prestados ao usuário, especialmente a fluidez do trânsito, são compatíveis com o previsto contratualmente e podem ser considerados adequados?
- QA22. Havia Licença Ambiental de Operação antes do início da operação da concessão?
- QA23. A Concessionária se beneficiou com a homologação de reajustes em desacordo com o Contrato, e alterações, e/ou com a legislação?

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.

Com efeito, no que diz respeito à coisa julgada administrativa, entendo por pertinente repisar os fundamentos expostos pelo corpo técnico na ITC n.º 00308/2015-4, em especial, a analogia feita entre os processos civil e administrativo de contas, de forma a possibilitar a identificação de casos em que, de fato, haja o óbice de análise em decorrente da coisa julgada. *Verbis*:

“Com fulcro neste dispositivo legal, Luiz Rodrigues Wambier afirma que a coisa julgada consiste num “[...] pressuposto processual negativo que, pois, também impede a repositura de nova ação a respeito da mesma causa de pedir, com o mesmo pedido, entre as mesmas partes (art. 301, inciso VI, §§ 1º e 2º)”.

Temos, portanto, que a fim de ser acolhida a arguição de coisa julgada se faz necessário que nos dois processos haja tríplice identidade de partes, pedido e

causa de pedir.

Nesse passo, vale esclarecer que o direito processual judiciário adota estes três elementos essenciais (partes, pedido e causa de pedir) como elementos identificadores de uma ação. Não basta que apenas um desses elementos seja idêntico ao de outra ação, é necessário uma tríplice coincidência.

Fazendo-se uma rápida conceituação dos três elementos identificadores da ação temos que “parte” em um processo judicial é a pessoa (física ou jurídica) ou ente despersonalizado (caso do espólio) que litiga em face de outrem. O “pedido” é o objeto da ação, o bem da vida que se almeja através de sua propositura, sendo o ‘bem da vida’, na lição de Cassio Scarpinella Bueno, “à utilidade pretendida pelo autor no plano do direito material”.

Por sua vez, causas de pedir “são as razões pelas quais se formula o pedido, como os fatos e fundamentos jurídicos do pedido”. A causa de pedir subdivide-se em remota e próxima, sendo a primeira o próprio fato em si, e a segunda a repercussão jurídica deste fato, valendo ressaltar que para que haja identidade de ações quanto à causa de pedir será necessário que tanto as causas de pedir próxima e remota sejam iguais.

No caso em tela, não estamos tratando de uma ação judicial, mas sim de um processo relativo a uma auditoria a ser julgado pelo Plenário de uma Corte de Contas que poderá implicar em condenação dos administradores responsáveis e determinações às autoridades competentes.

Não se busca fazer apenas uma analogia com os dispositivos do Código de Processo Civil. Não é defendido que os procedimentos do Tribunal de Contas submetam-se prioritariamente às disposições daquele código, já que se tratam de diferentes instâncias, independentes entre si.

Porém, o Código de Processo Civil é um dos paradigmas utilizados para o estabelecimento do regramento processual dos diversos Tribunais de Contas. Tanto é assim que, por disposição do art. 70 da Lei Complementar Estadual 621/12, supracitada, o regime processual civilista é de aplicação subsidiária. Logo, ao se pretender importar o instituto da coisa julgada do processo judiciário para o processo administrativo, é preciso não deturpar a construção teórica e científica que o forma, realizando, contudo, adaptações necessárias ante suas diferenças.

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. [...]

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. [...]

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 evidenciado 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 sr. Eduardo Antônio Mannato Gimenes, então Diretor Geral do Departamento de Estradas e Rodagem, citado quanto ao item 2.12 da RA-E 10/14. [...]

Percebe-se que foi definido o objetivo dos trabalhos fiscalizatórios, de modo a possibilitar o seu pleno conhecimento, a fim de desenvolvê-lo apropriadamente no curso da auditoria. O objetivo é a questão fundamental a ser respondida, consistindo em seu propósito, que, no caso, é a averiguação da regularidade do Contrato de Concessão 1/98 a partir dos três aspectos delimitados, exclusivamente. [...]

Percebe-se claramente que na auditoria realizada em 2009, cujos trabalhos originaram o Relatório de Auditoria Extraordinária RA-X 3/2009, não foi realizada uma análise abrangente do Contrato de Concessão 1/98. Pelo contrário, houve expressa limitação quanto a três aspectos distintos a serem analisados, que repercutiram diretamente no acórdão prolatado. Vejamos quais eram esses três objetivos ou aspectos a serem examinados pela equipe de auditoria no trabalho realizado em 2009:

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

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

Como se vê, o fato deste E. TCEES ter realizado, em outro momento, a análise da concessão do Sistema Rodovia do Sol não impede a reanálise através de nova auditoria, principalmente, quando abordados exercícios e agentes distintos, bem como aspectos não contemplados em outros trabalhos de auditoria”.

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”*. Vejamos:

“220. Os argumentos apresentados pela SPA não merecem ser aplicados ao caso em tela, por não tratar-se de novo julgamento acerca de matéria já julgada. Esta corte, ao utilizar-se de levantamento de auditoria, lança mão de instrumento de fiscalização que aborda um objeto de auditoria por meio de amostragem e tratamentos estatísticos, não sendo possível a auditoria de toda a extensão dos aspectos integrantes de todos os atos e contratos vinculados ao objeto auditado.

221. Os acórdãos decorrentes dos levantamentos de auditoria realizados de 2001 a 2006, mencionados pela construtora, não trataram da integralidade de todos os aspectos do objeto de auditoria, mas apenas daquela parcela avaliada amostral e estatisticamente. A não detecção de irregularidades pelas equipes de auditoria não significa a total e completa isenção do objeto auditado, mas apenas a não obtenção de achados de auditoria que apontassem irregularidades.

222. Portanto, não há que se falar em coisa julgada administrativa, nem em nova interpretação legal de elementos já integralmente avaliados em ocasiões pretéritas. É importante salientar que o TCU, por meio dos Acórdãos 3.527/2011 e 444/2009, ambos do Plenário, firmou entendimento de que auditorias pretéritas não têm o condão de fazer coisa julgada e não impedem que diante de outras situações se apontem falhas não identificadas por quaisquer outros motivos. Essas auditorias não constituem um atestado de regularidades, mas tão somente, consignações de exames específicos empreendidos no âmbito de cada fiscalização”. (Tribunal de Contas da União; Acórdão 1884/2014-Plenário; Processo 010.531/2010-6; Relator Min. Augusto Sherman; Sessão de Julgamento 16/07/2014)

“As auditorias realizadas pelo TCU não conferem atestado de regularidade ao período ou ao objeto de inspeção, pois apresentam exames específicos realizados de acordo com o escopo de cada fiscalização, não abrangendo necessariamente todo o exame documental exigido para celebração de convênio ou instrumento congêneres. Da mesma forma, como exarei no voto condutor do Acórdão 1.001/2015-Plenário, 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”. (Tribunal de Contas da União; Acórdão 1989/2015-Plenário; Processo 003.008/2014-2; Relator Min. Benjamin Zymler; Sessão de Julgamento 12/08/2015)

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 – ACHADOS DE AUDITORIA

II.1. Abertura de procedimento licitatório com elementos insuficientes de Projeto Básico (item 2.2 do Relatório de Auditoria e 3.1 da Instrução Técnica Conclusiva)

a) Relatório de Auditoria

Analisando a documentação obtida, a equipe técnica constatou que o Edital n. 1/1998 não contemplou os elementos de projeto básico necessários à plena caracterização das obras rodoviárias, contrariando o art. 18, inciso XV, da Lei n. 8.987/1995⁴.

Embora as concessões públicas exijam um projeto básico mais simples que o previsto na Lei n. 8.666/1993, os correspondentes editais devem conter os parâmetros mínimos à precificação dos investimentos e, por conseguinte, à formação do preço-teto da tarifa básica de pedágio, o que não foi respeitado na presente concorrência pública.

A equipe técnica reforçou que a falta de projeto básico foi um dos motivos da sustação do Edital n. 1/1997 pelo Plenário da Corte, culminando no cancelamento daquela licitação.

⁴ **Art. 18.** O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:

Redação original:

XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização; e

Redação dada pela Lei n. 9.648/1998, publicada em 28/05/1998:

XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

Além disso, observou que o certame não foi precedido de estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, que refletissem as condições do Edital n. 1/1998, incluindo o orçamento das obras a realizar, a estimativa de despesas operacionais, as memórias de cálculo e as justificativas.

Destacou que a análise de viabilidade técnica e econômica é um dos documentos exigidos na licitação da concessão de rodovias federais pela Instrução Normativa (IN) n. 46/2004⁵ do Tribunal de Contas da União (TCU).

Ressaltou que a insuficiência de elementos do projeto básico prejudicou a competitividade do certame, repercutindo na participação de apenas 02 licitantes, embora 18 interessadas tivessem comparecido à visita técnica coletiva.

Entendeu que a deficiência prejudicou a obtenção da proposta mais vantajosa ao interesse público, já que o valor da tarifa vencedora foi R\$ 0,01 (um centavo) inferior à tarifa máxima, representando um desconto de 1,05%. Sob tal aspecto, a deficiência de elementos do projeto básico importaria na nulidade absoluta do certame.

b) Respostas à citação e à notificação

Não houve Citação. A equipe técnica identificou como responsável o então diretor geral do Departamento de Estradas e Rodagem (DER), JORGE HÉLIO LEAL, mas observou que a pretensão punitiva está prescrita, já que o fato data da elaboração / publicação do Edital (1998), tendo ocorrido há mais de 05 anos, sem a interferência de causas suspensivas ou interruptivas.

⁵ **Art. 3º** A fiscalização prévia e concomitante dos processos de outorga de concessão para exploração de rodovias federais será realizada em cinco estágios, mediante análise dos seguintes documentos:

I - primeiro estágio:

c) estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, contendo, entre outras informações que o gestor do processo julgue necessárias, as seguintes:

A Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo (ARSI) e a Concessionária Rodosol S/A (Rodosol) foram notificadas para prestar esclarecimentos, garantindo-se o contraditório frente à possibilidade de anulação do contrato.

A ARSI não apresentou justificativas sobre a matéria, limitando-se a afirmar que não foi o órgão responsável pela licitação, passando a responder pela fiscalização, controle e regulação da concessão somente a partir de 16/04/2010, data em que se consolidou a transferência de alguns direitos e obrigações contratuais do DER para a Agência. Alegou que não detém a prerrogativa de extinção contratual, ao contrário do que a equipe técnica propôs.

A Rodosol argumentou que o Edital trazia elementos de projeto básico suficientes para a compreensão dos serviços e obras e que os Investimentos constituíam risco da concessionária. Por sua vez, a falta de justificativas e a presença de orçamentos sintéticos não descaracterizam os elementos do projeto básico.

Destacou que a equipe técnica não analisou a consistência e a qualidade dos elementos constantes do Edital, razão pela qual não poderia concluir pela sua ausência, e que a IN 46/2004 do TCU foi editada 06 anos após o certame.

Além disso, alegou que o projeto básico das concessões é flexibilizado em relação à Lei n. 8.666/1993, dispensando o detalhamento e o aprofundamento exigidos naquela norma.

Afirmou que o Estudo de Viabilidade foi elaborado, embora não tivesse sido localizado pelo órgão competente.

c) Instrução Técnica Conclusiva

A área técnica acatou parte da justificativa da ARSI, pois a Agência não foi responsável pela confecção do edital, realizada pelo DER. Mas constatou que a ARSI responde pela alteração e extinção contratual, nos termos da letra 'd' da

cláusula XXIII⁶ do Contrato n. 1/1998, uma vez que sucedeu o DER como representante do ente concedente, conforme a cláusula 2ª do 3º Termo Aditivo⁷.

O corpo técnico enfrentou todas as alegações da Rodosol, reiterando que a finalidade da descrição dos elementos do projeto básico é permitir a orçamentação dos investimentos, definindo o valor máximo da tarifa básica de pedágio. Destacou que a consistência e a qualidade dos elementos contidos no Edital não foram analisadas pela área técnica justamente porque eram insuficientes.

Concluiu que a falta de elementos do projeto básico maculou o certame de modo irremediável, provocando a sua nulidade, devido ao desrespeito à forma e à finalidade do ato administrativo.

O vício de forma compreende a ausência de elementos do projeto básico, enquanto formalidade essencial, ou seja, como um requisito legal indispensável à existência e seriedade do ato administrativo.

O vício de finalidade consiste na inobservância do interesse público e do resultado específico do ato, tal como definidos pela doutrina e pela Lei da Ação Popular. No caso concreto, a falta do projeto básico comprometeu a prestação de um serviço público adequado, traduzido na modicidade tarifária, ou seja, na justa correlação entre os encargos e a remuneração da concessionária / retribuição dos usuários.

Considerando que a ausência dos elementos do projeto básico não é sanável, por não ser possível repetir o ato administrativo escoimado do vício, e tendo em

**⁶ CLÁUSULA XXIII
Dos Direitos e das Obrigações do DER/ES**

Incumbe ao DER/ES:

d) alterar o CONTRATO e extinguir a concessão, nos casos nele previstos;

⁷ CLÁUSULA SEGUNDA – DA SUBROGAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES E DIREITOS

Ficam sub-rogadas integralmente para a ARSI as obrigações e direitos dispostos nas letras “a”, “b”, “c”, “d”, “e”, “f”, “g”, “h”, “j”, “l”, “m”, e “p” da Cláusula XXIII do Contrato de Concessão de Serviço Público nº 001/98.

vista que causou grave lesão ao interesse público e aos usuários, a análise conclusiva posicionou-se pela nulidade absoluta do Edital, propondo:

- ⇒ Declarar a prescrição;
- ⇒ Assinar prazo de 30 dias para que a ARSI declare a NULIDADE do Contrato. Descumprido o prazo, aplicar multa de R\$ 3 mil a 25 mil ao gestor da ARSI e requerer à Assembleia Legislativa (ALES) a sustação do Contrato em 90 dias. Na omissão, decidir pela sustação do Contrato, determinando à ARSI seu cumprimento em 15 dias e comunicando a decisão à ALES e ao Governador.

O **Ministério Público de Contas**, no Parecer n. 4365/2015, da lavra do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, acompanhou a área técnica.

d) Voto

O Edital n. 1/1998 não continha elementos suficientes do projeto básico da concessão, ou seja, não descreveu as quantidades e os preços unitários dos materiais e serviços demandados, de modo a permitir a correta orçamentação das obras e serviços.

Observo que os dados quantitativos inseridos no Edital não foram fundamentados em estudos prévios, inexistindo memórias de cálculo e justificativas para as quantidades estimadas no Programa de Exploração de Rodovias (PER), constante do Anexo III do instrumento convocatório.

Além disso, o Edital não trouxe a estimativa dos preços unitários dos materiais e dos serviços, informações necessárias para a fixação do valor máximo da Tarifa Básica de Pedágio (TBP) e para a análise da exequibilidade das propostas.

Tais deficiências consubstanciaram ofensa ao art. 18, inciso XV, da Lei n. 8.987/1995, comprometendo a competitividade do certame, a obtenção da oferta mais vantajosa ao interesse público e o respeito à modicidade tarifária, conforme analisado pela equipe técnica.

Nesses termos, acompanho a análise conclusiva dos fatos e adoto as seguintes propostas técnicas:

- * Declarar a prescrição da pretensão punitiva do responsável, JORGE HÉLIO LEAL;
- * Manter o Achado de Auditoria.

Acrescento, ainda, uma Determinação, dirigida 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), da Secretaria de Estado de Controle e Transparência (SECONT) e da Procuradoria Geral do Estado (PGE):

- * Se houver nova licitação, deverá ser precedida 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 pelo Comissão de Licitação.

A sugestão técnica de nulidade do Contrato, em razão da nulidade absoluta do Edital, será abordada oportunamente.

II.2. Inclusão, como obrigação da concessionária, do pagamento de dívida do Estado (item 2.3 do Relatório de Auditoria e 3.2 da Instrução Técnica Conclusiva)

a) Relatório de Auditoria

Em 19/04/1984, a Terceira Ponte foi concedida à antiga CETERPO, sendo encampada pelo Poder Concedente a partir de 20/01/1997, por força do Decreto

Estadual n. 6.919-E/1997, cujo art. 4º, § 1º, determinou o pagamento de uma indenização à concessionária na data da assinatura do futuro contrato da nova concessão⁸.

A retomada da concessão pelo Governo Estadual importou na assunção da dívida junto à Operação de Rodovias Ltda – ORL, empresa operadora da Ponte Castello de Mendonça.

O item 232 do Edital n. 1/1998⁹ previu que a licitante vencedora quitasse o saldo devedor junto à ORL, no valor de 11,5 milhões de reais, até 05 dias úteis antes da celebração do contrato.

Segundo a equipe técnica, a obrigação constituiu uma condição impertinente ao objeto contratual e prejudicial à competição, sendo vedada pela Lei n. 8.666/1993¹⁰, art. 3º, § 1º, inciso I, aplicável subsidiariamente às concessões.

⁸ **Art. 4º.** Fica encampado o serviço objeto da Concessão de Serviço Público para Término das Obras, Conservação, Manutenção e Exploração do Uso da Terceira Ponte, firmado em 04 de agosto de 1989, entre o Estado do Espírito Santo e a CODESPE (ex-CETERPO).

§ 1º. O pagamento de indenização, necessário à imissão pelo Estado na posse dos bens vinculados ao serviço encampado, será realizado na data da assinatura do Contrato de Concessão do processo licitatório, ora autorizado.

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

¹⁰ Redação original:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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:

Concluiu que, na prática, a cláusula do Edital prejudicou a competitividade do certame, repercutindo na participação de apenas 02 licitantes, embora 18 interessadas tivessem comparecido à visita técnica coletiva, e que tal fato constitui uma grave ilegalidade que, nos termos do art. 49 da Lei n. 8.666/1993¹¹, importa na nulidade do certame e do contrato.

b) Respostas à citação e à notificação

Não houve Citação. A equipe técnica identificou como responsável o então diretor geral do DER, JORGE HÉLIO LEAL, mas observou que a pretensão punitiva está prescrita, já que o fato data da elaboração / publicação do Edital (1998), tendo ocorrido há mais de 05 anos, sem a interferência de causas suspensivas ou interruptivas.

A ARSI e a Rodosol foram notificadas para prestar esclarecimentos, garantindo-se o contraditório frente à possibilidade de anulação do contrato.

A ARSI não apresentou justificativas sobre a matéria, limitando-se a afirmar que não foi o órgão responsável pela licitação, passando a responder pela fiscalização, controle e regulação da concessão somente a partir de 16/04/2010, data em que se consolidou a transferência de alguns direitos e obrigações contratuais do DER para a Agência. Alegou que não detém a prerrogativa de extinção contratual, ao contrário do que a equipe técnica propôs.

A Rodosol argumentou que a previsão do pagamento era pertinente e necessária ao objeto contratual, diante da escassez de recursos públicos para indenizar a antiga concessionária da Terceira Ponte.

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo 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;

¹¹ **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.

Defendeu que a inclusão da Terceira Ponte no objeto concedido foi um ato discricionário do Executivo Estadual, que pretendeu viabilizar economicamente as obras de interesse público, para as quais não havia recursos.

Acrescentou que o procedimento foi autorizado no art. 42, § 6º, da Lei n. 11.445, de 05/01/1997.

c) Instrução Técnica Conclusiva

Quanto à ARSI, a área técnica anotou que a Agência não foi responsável pela confecção do Edital, mas que responde por eventual alteração e extinção do Contrato.

O corpo técnico enfrentou todas as alegações da Rodosol, reiterando que a obrigação de pagamento não contribuiu para a obtenção da proposta mais vantajosa nem guardou pertinência com o objeto licitado (obras e serviços), mostrando-se desnecessária à concessão.

De acordo com a área técnica, foi imposto um elevado dispêndio para a licitante vencedora, anterior à assinatura do contrato, representando uma cláusula impertinente e excessiva. A condição ultrapassou o mínimo necessário para a execução do objeto, restringindo a competição, pois poucas participantes poderiam aportar o valor.

A obrigação funcionou como uma fonte de recursos para a quitação da dívida estatal para com a ORL, priorizando-se o interesse patrimonial da Administração e não o interesse público primário.

Quanto à Lei n. 11.445/1997, citada pela Rodosol como autorizadora do procedimento, o corpo técnico pontuou que se refere, na verdade, à Lei n. 11.445/2007¹², que alterou a redação do art. 42 da Lei Federal n. 8.789/1995. O

¹² Redação do art. 42 da Lei Federal n. 8.987/1995, alterada pela Lei n. 11.445/2007:

setor técnico observou que a norma foi posterior ao Edital n. 1/1998 e não se relacionou com a Terceira Ponte, sendo aplicável apenas às chamadas concessões precárias (vencidas ou com prazo indeterminado).

Ainda segundo a área técnica, a ofensa ao caráter competitivo do certame constituiu um vício insanável, que importa na nulidade absoluta da licitação. Além

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). (Vigência) (Vide ADIN 4058)

§ 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). (Vigência)

I - levantamento mais amplo e retroativo possível dos elementos físicos constituintes da infraestrutura de bens reversíveis e dos dados financeiros, contábeis e comerciais relativos à prestação dos serviços, em dimensão necessária e suficiente para a 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). (Vigência)

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). (Vigência)

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). (Vigência)

§ 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). (Vigência)

§ 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). (Vigência)

§ 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). (Vigência)

disso, também comprometeu a modicidade tarifária, caracterizando um vício de finalidade e impedindo a convalidação do ato.

Diante da irregularidade, a análise conclusiva posicionou-se pela nulidade absoluta do Edital, propondo:

- ⇒ Decretar a prescrição;
- ⇒ Assinar prazo de 30 dias para que a ARSI providencie a ANULAÇÃO do Contrato. Descumprido o prazo, aplicar multa de R\$ 3 mil a 25 mil ao gestor da ARSI e requerer à ALES a sustação do Contrato em 90 dias. Na omissão, decidir pela sustação do Contrato, determinando à ARSI seu cumprimento em 15 dias e comunicando a decisão à ALES e ao Governador.

O **Ministério Público de Contas**, no Parecer n. 4365/2015, da lavra do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, acompanhou a área técnica.

d) Voto

A análise conclusiva entendeu que o pagamento de 11,5 milhões de reais à ORL, antes da assinatura do contrato, representou uma exigência licitatória alheia ao objeto específico da concessão e prejudicial à competitividade, contrariando o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993.

Observo, no entanto, que a obrigação questionada, prevista na cláusula 232 do Edital n. 1/1998, referia-se à dívida do Estado pela construção da Terceira Ponte, e, nesse aspecto, guardava pertinência com parte do objeto licitado.

Outrossim, não vislumbro o comprometimento do 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 redação do art. 42, § 6º, da Lei n. 8.987/1995, alterada pela Lei n. 11.445/2007, embora posterior ao presente Edital e aplicável somente a concessões precárias, reforçou a possibilidade de uma nova concessão assumir a indenização por créditos remanescentes de investimentos do contrato anterior.

Nesses termos, dirijo da área técnica e afasto a irregularidade quanto à inadequação ao objeto licitado e à ofensa ao princípio da modicidade tarifária.

II.3. Inexistência de aprovação do edital pela assessoria jurídica ou pelo controle interno (item 2.4 do Relatório de Auditoria e 3.3 da Instrução Técnica Conclusiva)

a) Relatório de Auditoria

Segundo a equipe de auditoria, dentre os documentos obtidos, não constava o prévio exame e aprovação das Minutas do edital e do contrato, contrariando a determinação contida no art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993¹³.

A aprovação das Minutas deveria ter sido emitida pela Procuradoria Geral do Estado (PGE), que, na forma do art. 21 da Lei Complementar n. 88/1998, exerce o assessoramento jurídico da Administração estadual.

Do mesmo modo, a Procuradoria Judicial do DER não se manifestou sobre a aprovação das Minutas, de modo prévio e expresso, limitando-se a preparar o contrato para a assinatura.

¹³ **Art. 38.** O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Por ocasião da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Rodosol, instalada pela Assembleia Legislativa, foi emitido o Parecer PGE/SCA n. 622/2003, abordando desde a licitação até a assinatura do contrato.

Embora vários indícios de irregularidade tivessem sido relatados, o Parecer não foi conclusivo, pois a análise teria sido prejudicada pela falta de documentos, que estariam em poder da CPI. Segundo a PGE, a Comissão Parlamentar teria melhores condições de avaliar a legalidade do procedimento.

De acordo com a doutrina majoritária e a jurisprudência do TCU, a falta do parecer jurídico prévio não implica, por si só, a nulidade do certame.

b) Respostas à citação e à notificação

Não houve Citação. A equipe técnica identificou como responsáveis o então diretor geral do DER e presidente da Comissão Especial de Licitação (CEL), JORGE HÉLIO LEAL, bem como os demais membros da CEL, ADIOMAR MALBAR DA SILVA, SÉRGIO LUIZ COELHO DE LIMA, PAULO AUGUSTO JABOUR DE REZENDE, ROGÉRIO VASQUES BENEZATH e EDIVALDO CORREA DE ASSIS.

No entanto, a equipe técnica observou que a pretensão punitiva estava prescrita, já que o fato data da elaboração / publicação do Edital (1998), tendo ocorrido há mais de 05 anos, sem a interferência de causas suspensivas ou interruptivas.

A ARSI e a Rodosol foram notificadas para prestar esclarecimentos, garantindo-se o contraditório frente à possibilidade de anulação do contrato.

A ARSI não apresentou justificativas sobre a matéria, limitando-se a afirmar que não foi o órgão responsável pela licitação, passando a responder pela fiscalização, controle e regulação da concessão somente a partir de 16/04/2010, data em que se consolidou a transferência de alguns direitos e obrigações contratuais do DER para a Agência. Alegou que não detém a prerrogativa de extinção contratual, ao contrário do que a equipe técnica propôs.

A Rodosol argumentou que a intenção do art. 38 foi satisfeita, já que o edital foi submetido inúmeras vezes ao exame de assessorias jurídicas.

Aduziu que a alegação de vício por falta de aprovação jurídica é infundada, pois a PGE participou do procedimento licitatório, inclusive elaborando o edital, conforme depoimento do chefe da Procuradoria Jurídica do DER à Comissão Parlamentar de Inquérito. Desse modo, as Minutas foram aprovadas pela PGE, ainda que tacitamente.

Por sua vez, a formalização do contrato de concessão pela Procuradoria do DER também importou na aprovação da Minuta do edital.

c) Instrução Técnica Conclusiva

Inicialmente, a área técnica observou que o título do Achado de Auditoria mencionou a ausência de aprovação do Edital pelo controle interno, o que foi equivocado, pois não havia previsão legal, à época, para tal exigência. Desse modo, a análise da matéria restringiu-se à falta de exame e aprovação das Minutas do edital e do contrato pela assessoria jurídica.

Quanto à ARSI, a área técnica anotou que a Agência não foi responsável pela confecção do Edital, mas que responde por eventual alteração e extinção do Contrato.

O corpo técnico enfrentou todas as alegações da Rodosol, destacando que, independentemente da participação da PGE na elaboração do Edital ou da Procuradoria do DER na formalização do Contrato, não foi emitida a prévia aprovação das Minutas, em clara violação ao art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993.

Ressaltou que o parecer emitido pela PGE em 2003 não foi conclusivo nem convalidou o procedimento licitatório, mas, ao contrário, apontou várias falhas no certame.

Segundo a análise conclusiva, a eventual participação da PGE na elaboração do Edital não importaria na sua aprovação tácita, até por que em outro depoimento, prestado à CPI da Rodosol, afirmou-se que o Edital fora elaborado por um Consultor Jurídico, e não pela PGE.

A área técnica constatou um vício de forma ou de procedimento, pela omissão de ato indispensável, exigido por lei. De acordo com a doutrina majoritária, os vícios de forma podem ser convalidados (repetidos), desde que não causem prejuízo ao interesse público, razão pela qual não importam, necessariamente, na nulidade do ato administrativo.

A análise conclusiva posicionou-se pela manutenção do Achado de Auditoria, além do reconhecimento da prescrição para os responsáveis.

O **Ministério Público de Contas**, no Parecer n. 4365/2015, da lavra do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, acompanhou a área técnica.

d) Voto

O art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 determina que as Minutas dos editais e dos contratos devem ser previamente examinadas e aprovadas pela assessoria jurídica da Administração.

A finalidade da norma é evitar vícios no procedimento licitatório e na contratação, submetendo as Minutas à análise especializada.

Não restou comprovado o cumprimento do art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 pela Procuradoria Geral do Estado, que exerce o assessoramento jurídico da Administração estadual, nem pela Procuradoria Judicial do DER.

Embora a ausência de aprovação das minutas constitua um vício de forma, passível de convalidação, o parecer posterior emitido pela Procuradoria Geral do Estado não convalidou os atos administrativos, indicando, ao contrário, deficiências no certame.

Nesses termos, acompanho, integralmente, a análise conclusiva dos fatos e as propostas técnicas, a saber:

- * Declarar a prescrição da pretensão punitiva dos responsáveis, JORGE HÉLIO LEAL, ADIOMAR MALBAR DA SILVA, SÉRGIO LUIZ COELHO DE LIMA, PAULO AUGUSTO JABOUR DE REZENDE, ROGÉRIO VASQUES BENEZATH e EDIVALDO CORREA DE ASSIS;
- * Manter o Achado de Auditoria.

Acrescento, ainda, uma Determinação, dirigida 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), da Secretaria de Estado de Controle e Transparência (SECONT) e da Procuradoria Geral do Estado (PGE):

- * Se houver nova licitação, o procedimento legal deverá ser 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.

II.4. Restrição ilegal do caráter competitivo do certame (item 2.5 do Relatório de Auditoria e 3.4 da Instrução Técnica Conclusiva)

De acordo com a equipe técnica, o Edital n. 1/1998 continha várias exigências que restringiram o caráter competitivo do certame, violando o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993¹⁴, provocando a nulidade absoluta da licitação, conforme abordado nos tópicos **II.4.1** a **II.4.6**, relativos a:

¹⁴ **Art. 3º** A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 e estabeleçam preferências ou

- II.4.1.** Exigência de critérios subjetivos para pontuação das propostas
- II.4.2.** Exigência de Visita Técnica conjunta e obrigatória
- II.4.3.** Inobservância dos prazos legais de publicidade do certame
- II.4.4.** Fixação de patrimônio líquido abusivo para fins de habilitação
- II.4.5.** Fixação de garantia de proposta abusiva para fins de habilitação
- II.4.6.** Exigência de garantia de manutenção de proposta concomitante à exigência de patrimônio líquido mínimo

Em suma, a área técnica observou que a restrição ao caráter competitivo da concorrência desrespeitou a forma prescrita em lei (vício de forma ou de procedimento) e a finalidade primordial da licitação (vício de finalidade), qual seja, a busca da proposta mais vantajosa para a Administração, garantido o tratamento isonômico aos licitantes.

A existência de cláusulas restritivas e ilegais representou um substancial potencial de afastar os interessados no certame, o que se confirmou, na prática, já que apenas duas empresas concorreram, sendo que a vencedora ofertou uma tarifa apenas 1,05% ou R\$ 0,01 menor que o preço máximo fixado no Edital.

Segundo a Instrução Conclusiva, a restrição indevida do caráter competitivo conduz à nulidade do certame e, por efeito, do contrato, razão pela qual propôs os seguintes encaminhamentos:

- ⇒ Declarar a prescrição;
- ⇒ Assinar prazo de 30 dias para que a ARSI declare a NULIDADE do Contrato. Descumprido o prazo, aplicar multa de R\$ 3 mil a 25 mil ao gestor da ARSI e requerer à ALES a sustação do Contrato em 90 dias. Na omissão, decidir pela sustação do Contrato, determinando à ARSI seu cumprimento em 15 dias e comunicando a decisão à ALES e ao Governador.

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;

O **Ministério Público de Contas**, no Parecer n. 4365/2015, da lavra do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, acompanhou a área técnica.

Nesses termos, acompanho a análise conclusiva dos fatos e adoto as seguintes propostas técnicas:

- * Declarar a prescrição da pretensão punitiva do responsável, JORGE HÉLIO LEAL;
- * Manter o Achado de Auditoria, conforme análise constante dos subitens **II.4.1** a **II.4.6**.

A sugestão técnica para a declaração de nulidade do Contrato, em razão da nulidade absoluta do Edital, será abordada oportunamente.

Acrescento, ainda, algumas Determinações, descritas nos subitens II.4.1 a II.4.6 do presente Achado de Auditoria, abaixo analisados.

II.4.1. Exigência de critérios subjetivos para pontuação das propostas (item **2.5.1** do Relatório de Auditoria e **3.4.1** da Instrução Técnica Conclusiva):

a) Relatório de Auditoria

Segundo o Edital, a comissão licitante deveria avaliar a Proposta de Metodologia de Execução de acordo com a Tabela de Pontuação contida no Termo de Referência.

A Tabela de Pontuação foi organizada em Grupos e Subgrupos, sendo os últimos avaliados com os conceitos Satisfatório (S) ou Insatisfatório (I), por cada membro da comissão licitante.

O conceito de cada Subgrupo seria igual à soma de avaliações Satisfatórias e a nota de cada Grupo seria igual ao número de conceitos Satisfatórios dos seus Subgrupos. A Proposta de Metodologia de Execução seria desclassificada se

não obtivesse o Conceito Geral igual ou superior a 26 avaliações Satisfatórias ou se não alcançasse os Conceitos Mínimos para cada Grupo.

Tais critérios mostraram-se subjetivos, pois não havia parâmetros objetivos para enquadrar os requisitos exigidos como satisfatórios ou não, desrespeitando-se o art. 14 da Lei 8.987/1995¹⁵.

b) Respostas à citação e à notificação

Não houve Citação. A equipe técnica identificou como responsável o então diretor geral do DER e presidente da Comissão Especial de Licitação, JORGE HÉLIO LEAL, mas observou que a pretensão punitiva está prescrita, já que o fato data da elaboração / publicação do Edital (1998), tendo ocorrido há mais de 05 anos, sem a interferência de causas suspensivas ou interruptivas.

A ARSI e a Rodosol foram notificadas para prestar esclarecimentos, garantindo-se o contraditório frente à possibilidade de anulação do contrato.

A ARSI não apresentou justificativas sobre a matéria, limitando-se a afirmar que não foi o órgão responsável pela licitação, passando a responder pela fiscalização, controle e regulação da concessão somente a partir de 16/04/2010, data em que se consolidou a transferência de alguns direitos e obrigações contratuais do DER para a Agência. Alegou que não detém a prerrogativa de extinção contratual, ao contrário do que a equipe técnica propôs.

A Rodosol argumentou que o conteúdo da proposta de metodologia de execução foi analisado conforme os critérios objetivos dos itens 134 a 136 do Edital. Os conceitos Satisfatório e Insatisfatório aferiram apenas a presença ou a ausência dos itens listados na Tabela de Grupos e Subgrupos, constituindo, pois, um critério objetivo.

¹⁵ **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.

c) Instrução Técnica Conclusiva

Quanto à ARSI, a área técnica anotou que a Agência não foi responsável pela confecção do Edital, mas que responde por eventual alteração e extinção do Contrato.

O corpo técnico enfrentou todas as alegações da Rodosol, reiterando que o julgamento da proposta de metodologia de execução limitou-se ao que cada membro entendeu como Satisfatório ou Insatisfatório, sendo admitida, inclusive, divergência entre os membros.

A aceitabilidade da proposta de metodologia de execução estava prevista no Edital, porém com ampla margem de discricionariedade e subjetividade, pois os critérios estabelecidos não eram objetivos, conforme itens 134 a 145 do Edital e Anexo IV (Termo de Referência para a elaboração da Proposta de Metodologia).

Ao contrário do que a concessionária afirmou, o Edital previa que a metodologia não seria analisada apenas pela presença ou falta de requisitos, dependendo do conceito atribuído por cada julgador.

Diante da irregularidade, a análise conclusiva posicionou-se pela nulidade absoluta do Edital, mantendo o Achado de Auditoria, mas deixando para propor os encaminhamentos no tópico **3.4.6** da Instrução.

O **Ministério Público de Contas**, no Parecer n. 4365/2015, da lavra do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, acompanhou a área técnica.

d) Voto

Quanto à Proposta de Metodologia de Execução, o Edital n. 1/1998 distribuiu os requisitos em Grupos e Subgrupos, como o Subgrupo '*Estado físico atual do sistema*', pertencente ao Grupo '*Conhecimento do Problema*'.

A avaliação de cada Subgrupo seria dada pela soma de conceitos “*Satisfatório*”, atribuído por cada membro da Comissão. Ocorre que o Edital não estabeleceu os parâmetros para que um Subgrupo fosse considerado “*Satisfatório*”, deixando uma ampla margem de subjetividade.

Observo, também, que algumas cláusulas do Edital mostraram-se incompletas, deixando de prever, por exemplo, o modo de apuração do “*Conceito Geral*” e dos “*Conceitos Mínimos*”, cuja inobservância conduziria à desclassificação da proposta.

Nesses termos, acompanho a análise conclusiva dos fatos, mantendo o Achado de Auditoria.

Acrescento a seguinte Determinação, dirigida 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), da Secretaria de Estado de Controle e Transparência (SECONT) e da Procuradoria Geral do Estado (PGE), para que, se houver nova licitação:

- * Fixe critérios objetivos para a análise da Metodologia de Execução e justificar sua escolha, abstendo-se de utilizar expressões subjetivas para a pontuação, como “satisfatório” e “insatisfatório”.

A sugestão técnica de nulidade do Contrato, em razão da nulidade absoluta do Edital, será abordada oportunamente.

II.4.2. Exigência de Visita Técnica conjunta e obrigatória (item 2.5.2 do Relatório de Auditoria e 3.4.2 da Instrução Técnica Conclusiva):

a) Relatório de Auditoria

O art. 30, inciso III, da Lei 8.666/1993¹⁶ admite que o edital exija a comprovação de que o licitante tomou conhecimento das condições locais para o cumprimento das obrigações, inclusive por simples declaração.

No entanto, as cláusulas 95 a 96 do Edital n. 1/1998¹⁷ previram a visita técnica obrigatória, que deveria ser realizada até 15 dias úteis antes da entrega das propostas, de acordo com a programação do DER e mediante a entrega de comprovante a ser juntado aos documentos de Habilitação.

A documentação fornecida à equipe de auditoria não trouxe suficiente justificativa técnica ou jurídica para tal exigência.

Por outro lado, a visita conjunta acabou sendo efetivamente realizada, conforme consta da Ata de Visita Técnica Coletiva, ocorrida em 24/09/1998. O documento informa que os representantes de 18 empresas, o presidente da comissão licitante e os membros da comissão técnica (diretores do DER, da CETURB e da CODESPE) partiram do DER no mesmo ônibus para visitar o sistema rodoviário em oferta.

Segundo a área técnica, a visita coletiva tende a construir um ambiente propício ao conluio, pois o conhecimento prévio dos participantes facilita a combinação de propostas, com prejuízo à competição.

¹⁶ **Art. 30.** A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

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;

¹⁷ **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).

b) Respostas à citação e à notificação

Não houve Citação. A equipe técnica identificou como responsável o então diretor geral do DER e presidente da Comissão Especial de Licitação, JORGE HÉLIO LEAL, mas observou que a pretensão punitiva está prescrita, já que o fato data da elaboração / publicação do Edital (1998), tendo ocorrido há mais de 05 anos, sem a interferência de causas suspensivas ou interruptivas.

A ARSI e a Rodosol foram notificadas para prestar esclarecimentos, garantindo-se o contraditório frente à possibilidade de anulação do contrato.

A ARSI não apresentou justificativas sobre a matéria, limitando-se a afirmar que não foi o órgão responsável pela licitação, passando a responder pela fiscalização, controle e regulação da concessão somente a partir de 16/04/2010, data em que se consolidou a transferência de alguns direitos e obrigações contratuais do DER para a Agência. Alegou que não detém a prerrogativa de extinção contratual, ao contrário do que a equipe técnica propôs.

A Rodosol argumentou que não existe impedimento legal à realização da visita técnica conjunta, sendo, inclusive, expressamente autorizada pela Lei 8.666/1993, art. 30, inciso III.

Alegou que, segundo o Acórdão 4.968/2011 da 2ª Câmara do TCU, a visita prévia objetiva assegurar que todos os licitantes conheçam o objeto, por meio do exame, da conferência e da constatação de suas características e detalhes, resguardando possíveis inexecuções contratuais.

Destacou inexistir base fática para se afirmar a possibilidade de conluio ou o prejuízo à competição, já que 18 empresas participaram da visita.

c) Instrução Técnica Conclusiva

Quanto à ARSI, a área técnica anotou que a Agência não foi responsável pela confecção do Edital, mas que responde por eventual alteração e extinção do Contrato.

O corpo técnico enfrentou todas as alegações da Rodosol, reiterando que a obrigatoriedade da visita prévia não foi justificada e, na prática, o objeto licitado não a exigia, por ter baixa complexidade, devendo suas informações serem supridas pelo projeto básico.

A obrigatoriedade da visita prévia é discutida pela doutrina e a jurisprudência, pois a Lei n. 8666/1993 não faz referência expressa ao tema, limitando-se a mencionar, no art. 30, inciso III, parte final, como condição para a qualificação técnica, que, quando exigido, o licitante deverá comprovar que *“tomou conhecimento de todas as informações e condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação”*.

A exigência de prova da visita prévia deve ser justificada na alta complexidade do objeto, que torna necessária a vistoria presencial do local da obra ou serviço.

As obras e serviços da concessão (implantação e duplicação de rodovias, além de obras de arte especiais) não eram complexos a ponto de exigir a visita prévia.

Além disso, a visita coletiva não permitiu o efetivo conhecimento do local, pois foi realizada em ônibus e alguns trechos não eram trafegáveis, como o Contorno de Guarapari, ainda não construído.

Embora não prevista no edital, a visita conjunta ocorreu, servindo ao conhecimento prévio dos potenciais licitantes, com prejuízo à competição e à busca da proposta mais vantajosa.

Diante da irregularidade, a análise conclusiva manteve o Achado de Auditoria, mas deixou para propor os encaminhamentos no tópico **3.4.6** da Instrução.

O **Ministério Público de Contas**, no Parecer n. 4365/2015, da lavra do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, acompanhou a área técnica.

d) Voto

Ao contrário do que alegou a concessionária, o art. 30, inciso III, da Lei n. 8666/1993 não autoriza expressamente a exigência de visita obrigatória como critério de qualificação técnica no certame.

No presente caso, a vistoria técnica foi realizada de modo coletivo, envolvendo, simultaneamente, todos os interessados, embora o procedimento conjunto não estivesse previsto no Edital, conforme descrito no item 97 do Edital¹⁸.

Segundo a doutrina e a jurisprudência, a visita conjunta limita a escolha da melhor data pelos interessados e permite o prévio conhecimento dos potenciais licitantes, constituindo um fator de violação da isonomia e de restrição à competitividade.

Nesses termos, acompanho a análise conclusiva dos fatos, mantendo o Achado de Auditoria.

A sugestão técnica de nulidade do Contrato, em razão da nulidade absoluta do Edital, será abordada oportunamente.

Acrescento as seguintes Determinações, dirigidas 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), da Secretaria de Estado de

¹⁸ **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.

Controle e Transparência (SECONT) e da Procuradoria Geral do Estado (PGE), para que, se houver nova licitação:

- * Abstenha-se de incluir condições excessivas, desnecessárias, inadequadas, não usuais, ilegais, que restrinjam, indevidamente, o caráter competitivo da licitação, como a visita técnica conjunta;
- * Justifique 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.

II.4.3. Inobservância dos prazos legais de publicidade do certame (item 2.5.3 do Relatório de Auditoria e 3.4.3 da Instrução Técnica Conclusiva):

a) Relatório de Auditoria

As concessões públicas devem ser licitadas na modalidade de concorrência, mas não existe regra específica sobre o prazo para a publicação de seus editais de abertura.

A equipe técnica entendeu que o prazo aplicável é de, no mínimo, 45 dias, prescrito para a empreitada integral, já que o objeto das concessões é mais complexo que o da concorrência por menor preço, cujo prazo mínimo é de 30 dias, conforme art. 21, § 2º, incisos I, alínea *b*, e II, alínea *a*, da Lei n. 8.666/1993¹⁹.

¹⁹ **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: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2º O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:

I - quarenta e cinco dias para: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

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" (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)

II - trinta dias para: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

a) concorrência, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)

Nesses termos, o intervalo mínimo de 45 dias foi desrespeitado, pois a última publicação do Aviso do Edital n. 1/1998 ocorreu no Diário Oficial da União (DOU) de 09/09/1998, tendo a abertura da licitação acontecido em 20/10/1998, 06 dias antes do término do prazo.

Além disso, o Edital n. 1/1998 foi alterado, inclusive com a modificação do Quadro 5 do Anexo V (Termo de Referência para a elaboração da Proposta Comercial), sendo a Errata publicada nos dias 7/10 e 13/10/1998.

A alteração do Edital exigiu a reabertura do prazo mínimo de 45 dias, que venceria em 27/11/1998, procedimento que não foi observado, contrariando o art. 21, § 4º, da Lei n. 8.666/1993²⁰.

Na prática, considerando a complexidade do Edital, o descumprimento dos prazos de divulgação resultou na baixa participação no certame, principalmente após a alteração, pois os potenciais licitantes dispuseram de apenas 07 dias para adequar suas propostas comerciais.

b) Respostas à citação e à notificação

Não houve Citação. A equipe técnica identificou como responsável o então diretor geral do DER e presidente da Comissão Especial de Licitação, JORGE HÉLIO LEAL, mas observou que a pretensão punitiva está prescrita, já que o fato data da elaboração / publicação do Edital (1998), tendo ocorrido há mais de 05 anos, sem a interferência de causas suspensivas ou interruptivas.

A ARSI e a Rodosol foram notificadas para prestar esclarecimentos, garantindo-se o contraditório frente à possibilidade de anulação do contrato.

²⁰ **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.

A ARSI não apresentou justificativas sobre a matéria, limitando-se a afirmar que não foi o órgão responsável pela licitação, passando a responder pela fiscalização, controle e regulação da concessão somente a partir de 16/04/2010, data em que se consolidou a transferência de alguns direitos e obrigações contratuais do DER para a Agência. Alegou que não detém a prerrogativa de extinção contratual, ao contrário do que a equipe técnica propôs.

A Rodosol argumentou que os limites mínimos foram respeitados, pois o art. 21, § 2º, inciso II, da Lei 8666/1993 prevê o prazo geral de 30 dias, em caso de omissão legal.

Ressaltou que os tipos licitatórios do art. 45, § 1º, da Lei 8.666/1993 não se aplicam à concessão pública, afirmando, ainda, que a exigência do prazo de 45 dias é incabível, pois o objeto licitado não se identifica com a empreitada integral, ou seja, não contém elevada carga de complexidade, aproximando-se da concorrência por menor preço.

Alegou que a reabertura do prazo do certame era desnecessária, já que a alteração do Quadro V não afetou a formulação das propostas, modificando, somente, a forma de apresentação do item 1.9 do Quadro.

Destacou que o Edital não foi impugnado quanto ao prazo e que 18 empresas compareceram à visita técnica, comprovando a publicidade da licitação.

c) Instrução Técnica Conclusiva

Quanto à ARSI, a área técnica anotou que a Agência não foi responsável pela confecção do Edital, mas que responde por eventual alteração e extinção do Contrato.

O corpo técnico enfrentou todas as alegações da Rodosol.

Quanto ao prazo mínimo de publicação, acolheu a justificada da Rodosol, pois a licitação se enquadrou na regra geral das concorrências públicas, com prazo

mínimo de 30 dias, segundo previsto na Lei 8666/1993, art. 21, § 2º, inciso II, alínea a. Desse modo, o prazo mínimo foi respeitado.

Quanto à reabertura do prazo do certame, reiterou que a alteração do Edital deslocou o item 1.9, relativo à Conservação Especial, do Quadro 8 (Custos de Conservação) para o Quadro 5 (Investimentos) do Anexo V, afetando a elaboração das propostas comerciais, inclusive quanto à tributação e à depreciação, antes não incidentes.

A modificação afetou substancialmente o Edital, exigindo sua republicação com a reabertura do prazo, na forma do art. 21, § 4º, o que não foi observado pela Administração. A última publicação da alteração aconteceu em 13/10/1998, apenas 07 dias antes da abertura do certame, ocorrida em 20/10/1998.

Segundo a equipe técnica, o vício implica a nulidade absoluta, havendo vícios de forma e de finalidade, por descumprimento de formalidade essencial exigida na lei e por ofensa à finalidade do certame, traduzida na busca da proposta mais vantajosa pela competição em condições isonômicas.

Diante da irregularidade, a análise conclusiva posicionou-se pela nulidade absoluta do Edital, mantendo o Achado de Auditoria, mas deixando para propor os encaminhamentos no tópico **3.4.6** da Instrução.

O **Ministério Público de Contas**, no Parecer n. 4365/2015, da lavra do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, acompanhou a área técnica.

d) Voto

Diante da falta de norma específica sobre a publicação dos editais das concessões públicas, acolho o entendimento técnico pela aplicação da regra geral das concorrências públicas, que fixa o prazo de 30 dias entre o último aviso de publicação e a abertura do certame.

Considerando que a última divulgação ocorreu em 09/09/1998 e que a abertura se deu em 20/10/1998, constata-se que o prazo legal foi respeitado pela Administração.

Por outro lado, a alteração dos quadros componentes da Proposta Comercial, promovida pela Errata divulgada, pela última vez, em 13/10/1998, repercutiu sobre a formulação das ofertas, tornando necessária a reabertura do prazo mínimo do Edital.

A modificação produzida pela Errata foi substancial, uma vez que a licitante seria desclassificada, caso apresentasse a proposta em desconformidade com a alteração.

Nesses termos, acompanho a análise conclusiva dos fatos, mantendo o Achado de Auditoria, quanto à ausência de republicação do Edital, em ofensa ao art. 21, § 4º, da Lei n. 8.666/1993.

A sugestão técnica de nulidade do Contrato, em razão da nulidade absoluta do Edital, será abordada oportunamente.

Acrescento as seguintes Determinações, dirigidas 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), da Secretaria de Estado de Controle e Transparência (SECONT) e da Procuradoria Geral do Estado (PGE), para que, se houver nova licitação:

- * Cumpra os prazos legais para a publicação dos editais, assegurando 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;

- * Obedeça à 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.

II.4.4. Fixação de patrimônio líquido abusivo para fins de habilitação (item 2.5.4 do Relatório de Auditoria e 3.4.4 da Instrução Técnica Conclusiva):

a) Relatório de Auditoria

Como requisito de qualificação econômico-financeira, as cláusulas 116 e 117 do Edital n. 1/1998 exigiram que a licitantes comprovassem o Patrimônio Líquido Mínimo de 65 milhões de reais, para empresas isoladas, e de 84,5 milhões de reais, para consórcios.

No entanto, a Lei 8.666/1993²¹, no art. 31, §§ 3º e 5º, limitou a prova do Patrimônio Líquido a até 10% do montante estimado da contratação, exigindo que a definição do percentual fosse justificada, o que não ocorreu.

Além da falta de justificativa para a exigência contida no Edital, algumas comparações indicaram que o valor mínimo foi abusivo e indevido, restringindo a competição ilegalmente.

Na análise do Edital n. 1/1997, realizada no processo TC n. 3224/1997, para um objeto semelhante ao da concessão sob exame, o Patrimônio Líquido mínimo foi fixado em 18 milhões de reais, sendo, mesmo assim, considerado abusivo pela área técnica.

²¹ **Art. 31.** A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

§ 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.

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Segundo o Acórdão n. 1.335/2010 do Plenário do TCU, o teto de 10%, permitido pela Lei n. 8.666/1993, deve incidir sobre a soma dos Investimentos e da média anual dos demais serviços.

Aplicando a regra do TCU e tendo a proposta vencedora como base de cálculo, a equipe técnica apurou que o Edital n. 1/1998 poderia ter exigido um Patrimônio Líquido de até 17,9 milhões de reais, aproximadamente. Considerando-se as estimativas apuradas pela equipe técnica, com base no Edital n. 1/1998 e no Estudo de Viabilidade precedente ao Edital n. 1/1997, o Patrimônio Líquido mínimo seria de até 12,7 milhões de reais, aproximadamente.

b) Respostas à citação e à notificação

Não houve Citação. A equipe técnica identificou como responsável o então diretor geral do DER e presidente da Comissão Especial de Licitação, JORGE HÉLIO LEAL, mas observou que a pretensão punitiva está prescrita, já que o fato data da elaboração / publicação do Edital (1998), tendo ocorrido há mais de 05 anos, sem a interferência de causas suspensivas ou interruptivas.

A ARSI e a Rodosol foram notificadas para prestar esclarecimentos, garantindo-se o contraditório frente à possibilidade de anulação do contrato.

A ARSI não apresentou justificativas sobre a matéria, limitando-se a afirmar que não foi o órgão responsável pela licitação, passando a responder pela fiscalização, controle e regulação da concessão somente a partir de 16/04/2010, data em que se consolidou a transferência de alguns direitos e obrigações contratuais do DER para a Agência. Alegou que não detém a prerrogativa de extinção contratual, ao contrário do que a equipe técnica propôs.

A Rodosol argumentou que a estimativa global da contratação foi de 850 milhões de reais, conforme previsto no Edital, sendo respeitado, portanto, o limite máximo de 10% para a comprovação do Patrimônio Líquido Mínimo.

Reforçou que não há fundamento para a área técnica considerar apenas o valor anual dos serviços, pois a Lei 8.666/1993 não impôs tal condição. Além disso, o Patrimônio Líquido Mínimo, calculado pela equipe técnica em 13 milhões de reais, seria irrisório frente à magnitude da concessão.

c) Instrução Técnica Conclusiva

Quanto à ARSI, a área técnica anotou que a Agência não foi responsável pela confecção do Edital, mas que responde por eventual alteração e extinção do Contrato.

O corpo técnico enfrentou todas as alegações da Rodosol, reiterando que a fixação do valor máximo do Patrimônio Líquido Mínimo não foi justificada, assim como não foram demonstrados a base de cálculo e o percentual utilizados para obtenção dos valores de 65 milhões e 84,5 milhões de reais.

Diante da omissão do percentual e da base de cálculo, a equipe técnica empregou a porcentagem máxima permitida pela Lei n. 8.666/1993 (10%) sobre a base recomendada pelo TCU.

Entretanto, a Conclusiva observou que o parâmetro do TCU não é o mais adequado, pois se refere a serviços contínuos, objeto distinto da presente concessão. Desse modo, as quantias aproximadas de 12,7 milhões e 17,9 milhões de reais, apuradas no Relatório de Auditoria, foram desconsideradas como referência do Patrimônio Líquido Mínimo.

Por outro lado, a Conclusiva destacou que doutrina tem adotado como base de cálculo apenas os desembolsos financeiros, excluindo as receitas. Sendo assim, o valor da contratação previsto no Edital, equivalente a 850 milhões de reais, também não pode ser empregado, pois se referiu à receita tarifária.

A área técnica registrou que não seria possível apurar um novo limite para o Patrimônio Líquido, baseando-se na recomendação doutrinária, pois os desembolsos sequer foram estimados no Edital. Entretanto considerou

presumível que o montante de desembolsos fosse inferior às receitas, conduzindo a um limite de Patrimônio Líquido também menor que o exigido no Edital.

Segundo a área técnica, a apuração recomendada pela doutrina pode ser feita a partir da proposta vencedora. Considerando que a Proposta Comercial da SERVIX estimou os desembolsos financeiros, ao longo da concessão, em R\$ 392 milhões de reais, o limite de 10% para a exigência de Patrimônio Líquido atingiria cerca de 39,2 milhões de reais, quantia muito inferior aos valores de 65 milhões (empresa isolada) e 84,5 milhões de reais (consórcio), fixados no Edital.

Desse modo, a área técnica constatou que o valor de Patrimônio Líquido Mínimo constituiu uma exigência abusiva, fixada de modo arbitrário e injustificado.

Diante da irregularidade, a análise conclusiva manteve o Achado de Auditoria, mas deixou para propor os encaminhamentos no tópico **3.4.6** da Instrução.

O **Ministério Público de Contas**, no Parecer n. 4365/2015, da lavra do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, acompanhou a área técnica.

d) Voto

O § 3º do art. 31 da Lei n. 8.666/1993 permite a exigência de Patrimônio Líquido Mínimo, para fins de qualificação econômico-financeira das licitantes, desde que limitado a 10% do valor estimado da contratação.

Embora autorizada na lei, a exigência de qualificação precisa ser justificada pela Administração, não apenas quanto à necessidade frente ao objeto licitado, como também quanto ao percentual escolhido e à base de incidência.

Observa-se que o Concedente não justificou a escolha do percentual máximo nem identificou sua base de cálculo, limitando-se a registrar os valores finais no Edital.

Por sua vez, a concessionária não esclareceu a ausência de justificativa e de demonstração do cálculo, alegando, apenas, que o limite de 10% incidiu sobre o montante de 850 milhões de reais, previsto no Edital. Essa base de incidência, no entanto, não foi aceita pela área técnica, pois se referiu à receita tarifária, assim como a escolha do percentual não restou justificada.

Diante da omissão, não foi possível verificar se os valores mínimos registrados no Edital obedeceram ao limite fixado na Lei.

Baseando-se na própria proposta vencedora, a área técnica apurou que o limite do Patrimônio Líquido alcançaria 39,2 milhões de reais, correspondentes a 10% dos desembolsos financeiros estimados.

Considerando que as escolhas do percentual máximo e da base de incidência não foram demonstradas, e tendo em vista que o limite apurado pela área técnica foi muito inferior ao previsto no Edital n. 1/1998, constata-se que a exigência de Patrimônio Líquido Mínimo, nos montantes de 65 milhões (empresa isolada) e 84,5 milhões de reais (consórcio), foi injustificada e excessiva, contrariando a Lei n. 8.666/1993, artigos 31, §§ 3º e 5º, e 3º, § 1º, inciso I.

Nesses termos, acompanho a análise conclusiva dos fatos, mantendo o Achado de Auditoria.

A sugestão técnica de nulidade do Contrato, em razão da nulidade absoluta do Edital, será abordada oportunamente.

Acrescento as seguintes Determinações, dirigidas 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), da Secretaria de Estado de Controle e Transparência (SECONT) e da Procuradoria Geral do Estado (PGE), para que, se houver nova licitação:

* Abstenha-se de incluir condições excessivas, desnecessárias, inadequadas, não usuais, ilegais, que restrinjam, indevidamente, o caráter competitivo da licitação, como os valores abusivos de patrimônio líquido;

* Justifique 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;

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

II.4.5. Fixação de garantia de proposta abusiva para fins de habilitação (item 2.5.5 do Relatório de Auditoria e 3.4.5 da Instrução Técnica Conclusiva):

a) Relatório de Auditoria

Como requisito de qualificação econômico-financeira, o item 114.e do Edital n. 1/1998 fixou a Garantia da Proposta em 6,5 milhões.

A Lei 8.666/1993²², no art. 31, inciso III, limitou a Garantia da Proposta a 1% do valor estimado da contratação, percentual que não foi justificado, contrariando o § 5º da norma.

Segundo propõe o TCU, a base de cálculo deve ser igual à soma dos Investimentos e da média anual dos demais serviços. Considerando os cálculos

²² **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.

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

da base de incidência realizados no item 2.5.4 do Relatório de Auditoria, o valor máximo da garantia deveria ser de 1,27 milhão, aproximadamente. Tomando por base a proposta vencedora, o teto da garantia atingiria cerca de 1,79 milhão.

A falta de justificativa, somada à discrepância entre o Edital e os cálculos da equipe, indica que o valor da Garantia da Proposta foi abusivo.

b) Respostas à citação e à notificação

Não houve Citação. A equipe técnica identificou como responsável o então diretor geral do DER e presidente da Comissão Especial de Licitação, JORGE HÉLIO LEAL, mas observou que a pretensão punitiva está prescrita, já que o fato data da elaboração / publicação do Edital (1998), tendo ocorrido há mais de 05 anos, sem a interferência de causas suspensivas ou interruptivas.

A ARSI e a Rodosol foram notificadas para prestar esclarecimentos, garantindo-se o contraditório frente à possibilidade de anulação do contrato.

A ARSI não apresentou justificativas sobre a matéria, limitando-se a afirmar que não foi o órgão responsável pela licitação, passando a responder pela fiscalização, controle e regulação da concessão somente a partir de 16/04/2010, data em que se consolidou a transferência de alguns direitos e obrigações contratuais do DER para a Agência. Alegou que não detém a prerrogativa de extinção contratual, ao contrário do que a equipe técnica propôs.

A Rodosol argumentou que a estimativa global da contratação foi de 850 milhões de reais, conforme previsto no Edital, sendo respeitado, portanto, o limite máximo de 1% para a comprovação da Garantia da Proposta.

Reforçou que não há fundamento para a área técnica considerar apenas o valor anual dos serviços, pois a Lei 8.666/1993 não impôs tal condição. Além disso, a Garantia da Proposta, calculada pela equipe técnica em 1,3 milhões de reais, seria ineficaz para assegurar o objeto da concessão.

c) Instrução Técnica Conclusiva

Quanto à ARSI, a área técnica anotou que a Agência não foi responsável pela confecção do Edital, mas que responde por eventual alteração e extinção do Contrato.

O corpo técnico enfrentou todas as alegações da Rodosol, reiterando que o valor estimado do objeto da contratação não pode incluir as receitas. Sendo assim, não se poderia empregar a base de cálculo sugerida pela concessionária, no montante de 850 milhões de reais.

Segundo a doutrina, a base de incidência deve considerar apenas os desembolsos financeiros, cujo valor não foi estimado no Edital. Entretanto, foi possível presumir que a incidência de 1% sobre os desembolsos resultaria numa quantia muito inferior à registrada no Edital, considerando que o montante desembolsado deve ser menor que a receita estimada de 850 milhões de reais.

Sob tais aspectos, o valor mínimo da Garantia da Proposta mostrou-se abusivo.

Diante da irregularidade, a análise conclusiva manteve o Achado de Auditoria, mas deixou para propor os encaminhamentos no tópico **3.4.6** da Instrução.

O **Ministério Público de Contas**, no Parecer n. 4365/2015, da lavra do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, acompanhou a área técnica.

d) Voto

O inciso III do art. 31 da Lei n. 8.666/1993 permite a exigência de Garantia da Proposta, para fins de qualificação econômico-financeira das licitantes, desde que limitado a 1% do valor estimado da contratação.

Embora autorizada na lei, a exigência de qualificação precisa ser justificada pela Administração, não apenas quanto à necessidade frente ao objeto licitado, como também quanto ao percentual escolhido e à base de incidência.

Observa-se que o Concedente não justificou a escolha do percentual máximo nem identificou sua base de cálculo, limitando-se a registrar o valor final no Edital. Diante da omissão, não foi possível verificar se a quantia de 6,5 milhões de reais, exigida no Edital, obedeceu ao limite fixado na Lei.

Baseando-se na proposta vencedora, a estimativa de desembolsos foi de 392 milhões de reais, conforme informado pela área técnica no tópico anterior, gerando um limite máximo de cerca de 3,9 milhões de reais, muito inferior ao valor do Edital.

Por sua vez, a concessionária não esclareceu a ausência de justificativa e de demonstração do cálculo, alegando, apenas, que o limite de 1% incidiu sobre o montante de 850 milhões de reais, previsto no Edital.

Considerando que as escolhas do percentual máximo e da base de incidência não foram demonstradas, e tendo em vista que o limite apurado, a partir da proposta vencedora, é muito inferior ao previsto no Edital n. 1/1998, constata-se que a exigência de Garantia da Proposta, no montante de 6,5 milhões de reais, foi injustificada e excessiva.

Nesses termos, acompanho a análise conclusiva dos fatos, mantendo o Achado de Auditoria.

A sugestão técnica de nulidade do Contrato, em razão da nulidade absoluta do Edital, será abordada oportunamente.

Acrescento as seguintes Determinações, dirigidas 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), da Secretaria de Estado de Controle e Transparência (SECONT) e da Procuradoria Geral do Estado (PGE), para que, se houver nova licitação:

* Abstenha-se de incluir condições excessivas, desnecessárias, inadequadas, não usuais, ilegais, que restrinjam, indevidamente, o caráter competitivo da licitação, como os valores abusivos de garantia da proposta;

* Justifique 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;

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

II.4.6. Exigência de garantia de manutenção de proposta concomitante à exigência de patrimônio líquido mínimo (item 2.5.6 do Relatório de Auditoria e 3.4.6 da Instrução Técnica Conclusiva):

a) Relatório de Auditoria

O Edital n. 1/1998 exigiu, simultaneamente, a comprovação de Patrimônio Líquido Mínimo e de Garantia de Proposta, contrariando o art. 31, § 2º, da Lei 8.666/1993²³, uma vez que as exigências são permitidas apenas de modo alternativo.

b) Respostas à citação e à notificação

Não houve Citação. A equipe técnica identificou como responsável o então diretor geral do DER e presidente da Comissão Especial de Licitação, JORGE

²³ **Art. 31.** A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:
§ 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.

HÉLIO LEAL, mas observou que a pretensão punitiva está prescrita, já que o fato data da elaboração / publicação do Edital (1998), tendo ocorrido há mais de 05 anos, sem a interferência de causas suspensivas ou interruptivas.

A ARSI e a Rodosol foram notificadas para prestar esclarecimentos, garantindo-se o contraditório frente à possibilidade de anulação do contrato.

A ARSI não apresentou justificativas sobre a matéria, limitando-se a afirmar que não foi o órgão responsável pela licitação, passando a responder pela fiscalização, controle e regulação da concessão somente a partir de 16/04/2010, data em que se consolidou a transferência de alguns direitos e obrigações contratuais do DER para a Agência. Alegou que não detém a prerrogativa de extinção contratual, ao contrário do que a equipe técnica propôs.

A Rodosol argumentou que não existe impedimento legal à exigência concomitante de ambas as condições, estando na esfera de discricionariedade da Administração, citando, nesse sentido, Decisão proferida pela 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

c) Instrução Técnica Conclusiva

Quanto à ARSI, a área técnica anotou que a Agência não foi responsável pela confecção do Edital, mas que responde por eventual alteração e extinção do Contrato.

O corpo técnico enfrentou todas as alegações da Rodosol, reiterando que a redação do art. 31, § 2º, da Lei 8.666/1993 prevê requisitos alternativos para a qualificação econômico-financeira das licitantes.

Tal interpretação constitui jurisprudência pacífica no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e no do TCU, onde resta consolidada na Súmula n. 275.

A área técnica ressaltou que a vedação legal à exigência simultânea se limitou à fase de habilitação, não impedindo que o Edital fixasse garantias da execução contratual.

A cumulação das exigências de Patrimônio Líquido Mínimo e de Garantia de Proposta ofendem o dispositivo legal, constituindo restrição indevida ao caráter competitivo do certame.

Diante da irregularidade, a análise conclusiva manteve o Achado de Auditoria.

Consolidando o entendimento manifestado nos itens **3.4.1** a **3.4.6** da Instrução Conclusiva, a área técnica posicionou-se pela nulidade absoluta do Edital, propondo os seguintes encaminhamentos:

- ⇒ Decretar a prescrição;
- ⇒ Assinar prazo de 30 dias para que a ARSI declare a NULIDADE do Contrato. Descumprido o prazo, aplicar multa de R\$ 3 mil a 25 mil ao gestor da ARSI e requerer à ALES a sustação do Contrato em 90 dias. Na omissão, decidir pela sustação do Contrato, determinando à ARSI seu cumprimento em 15 dias e comunicando a decisão à ALES e ao Governador.

O **Ministério Público de Contas**, no Parecer n. 4365/2015, da lavra do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, acompanhou a área técnica.

d) Voto

O § 2º do art. 31 da Lei n. 8.666/1993 instituiu clara vedação à exigência cumulativa de Patrimônio Líquido Mínimo e de Garantia de Proposta, o que foi descumprido pelo Edital n. 1/1998, importando na restrição indevida à competição.

Nesses termos, acompanho a análise conclusiva dos fatos, mantendo o Achado de Auditoria.

A sugestão técnica de nulidade do Contrato, em razão da nulidade absoluta do Edital, será abordada oportunamente.

Acrescento a seguinte Determinação, dirigida 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), da Secretaria de Estado de Controle e Transparência (SECONT) e da Procuradoria Geral do Estado (PGE), para que, se houver nova licitação:

- * Abstenha-se de incluir 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.

II.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 do Relatório de Auditoria e 3.5 da Instrução Técnica Conclusiva)

a) Relatório de Auditoria

O critério de adequação da fluidez do tráfego foi fixado na cláusula contratual XVI, itens 5 a 7²⁴.

²⁴ 5. Para os fins previstos neste CONTRATO fica desde logo estabelecido que a Rodovia ES-60 que compõem o SISTEMA RODOVIA DO SOL poderá operar no máximo 50 (cinquenta) horas por ano com nível de serviço inferior ao "D", conforme definido no "Highway Capacity Manual"; esta definição não se aplica ao tráfego na Ponte Castello de Mendonça (Terceira Ponte).

6. Na hipótese de ser atingido o limite estabelecido no item anterior, a concessionária deve submeter ao DER/ES projeto básico para a execução de obras de expansão de capacidade da Rodovia ES-060.

7. As obras de expansão de capacidade aludidas no item anterior devem ser executadas exclusivamente por conta da concessionária, sem qualquer acréscimo tarifário, entendendo-se que as mesmas não se caracterizam como obras novas, para os efeitos da revisão tarifária prevista neste CONTRATO, isto é, tais obras devem ser financiadas pelo acréscimo de tráfego verificado em relação ao tráfego estimado constante da proposta comercial apresentada pela Licitante vencedora na Concorrência Pública da qual decorreu este CONTRATO.

Na Rodovia ES-060, seriam admitidas, no máximo, 50 horas anuais com o nível de serviço inferior a D. Ultrapassado o limite, a concessionária ficaria obrigada a executar as obras de expansão da rodovia, por sua conta e sem acréscimo tarifário, sendo custeada pelo aumento no volume de tráfego.

Entretanto, a Terceira Ponte foi excluída desse critério de fluidez, conforme disposto no item 5 da cláusula contratual.

Segundo a equipe de auditoria, o Contrato deixou de estabelecer o parâmetro de fluidez do tráfego na Terceira Ponte e de prever a obrigação de realizar as obras de expansão do trecho.

A equipe do TCEES registrou que a prestação do serviço adequado constitui um conceito indeterminado, pois depende da fixação de parâmetros para ser aferida.

Segundo a equipe técnica, a falta de critérios de adequação do serviço na Terceira Ponte esvaziou a cláusula contratual²⁵ XVI.3.f, que obrigava a concessionária a assegurar a fluidez do tráfego.

Se não houvesse sido isentada, a Rodosol estaria obrigada a realizar intervenções para garantir o nível de serviço adequado na Terceira Ponte, sendo custeada pelo acréscimo de veículos.

A situação revela um desequilíbrio entre os encargos da concessionária e a retribuição dos usuários, que ficam obrigados a uma contraprestação (pagamento da tarifa) sem a garantia do serviço adequado, quanto à fluidez do tráfego.

²⁵ **CLÁUSULA XVI**

Do Serviço Adequado

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;

Eventuais obras de ampliação da Terceira Ponte importarão na alteração contratual e no reequilíbrio econômico-financeiro, devido ao aumento dos encargos da Rodosol, não previstos na Proposta Comercial.

De acordo com o Relatório de Auditoria, a omissão do Contrato violou a obrigação constitucional, atribuída à concessionária, de manter o serviço público adequado, contrariando o art. 175, inciso IV, da Constituição Federal²⁶, os artigos 6º, 7º e 31 da Lei 8.987/1995²⁷ e o art. 7º da Lei Estadual 5.720/1998.

Nesse sentido, o princípio da supremacia do interesse público não foi observado, sendo o interesse privado indevidamente favorecido.

O setor técnico acrescentou que o art. 23, inciso III, da Lei 8.987/1995²⁸ impõe, como cláusula essencial do contrato, a fixação dos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros da qualidade do serviço concedido.

No presente caso, a ausência de tais critérios no Contrato, quanto à Terceira Ponte, gerou um vício insanável, importando na sua nulidade absoluta. Se o contrato não for extinto, caberá a inclusão dos parâmetros no Contrato, bem como dos Investimentos necessários à ampliação da Terceira Ponte.

²⁶ **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.

²⁷ **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.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

Art. 31. Incumbe à concessionária:

I - prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato;

²⁸ **Art. 23.** São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

A equipe de auditoria observou que o DER propôs a ação judicial n. 024.090.107.202²⁹, buscando a declaração da existência das seguintes obrigações por parte da Rodosol:

- Preservação da fluidez do tráfego durante todo o contrato, sem acréscimo tarifário ou reequilíbrio, ainda que as medidas necessárias (como as obras de expansão) não estivessem contempladas no PER, com fundamento no conceito de serviço adequado (itens 1 a 4 da cláusula XVI), bem como na cláusula contratual XIII.1, que atribui à concessionária o risco da alteração do volume do trânsito;
- Execução das obras necessárias a garantir a fluidez do tráfego, ou seu custeio, sem repercussão na equação econômico-financeira e no aumento da tarifa, inclusive na Terceira Ponte;

Na ação judicial, a Rodosol arguiu sua irresponsabilidade, em razão da falta de previsão do nível de serviço na Terceira Ponte, enquadrando a situação como um caso de reequilíbrio contratual.

Por outro lado, a Assembleia Legislativa instaurou uma Comissão Parlamentar de Inquérito para análise da concessão, que ficou conhecida como “CPI da Rodosol”.

No Relatório Final da CPI, o Parlamento entendeu que existiria uma previsão expressa isentando a concessionária de qualquer ônus de melhoria do sistema, decorrente do incremento do tráfego na Terceira Ponte.

Segundo o Relatório Final, à época da concessão, já se estimava que a saturação da Terceira Ponte ocorreria no ano de 2008, atingindo o nível máximo de 78.500 veículos por dia.

²⁹ Segundo consulta realizada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça/ES, em 12/07/2019, o processo judicial foi suspenso em 2013, até a conclusão da Auditoria.

O Relatório Final da CPI registrou que, na prática, não haveria riscos contratuais para a concessionária, pois a ausência de uma rota de fuga atrativa e o aumento da população metropolitana tornavam improvável a redução do tráfego na Terceira Ponte.

b) Respostas à citação e à notificação

Não houve Citação. A equipe técnica identificou como responsável o então diretor geral do DER e presidente da Comissão Especial de Licitação, JORGE HÉLIO LEAL, mas observou que a pretensão punitiva está prescrita, já que o fato data da elaboração / publicação do Edital (1998), tendo ocorrido há mais de 05 anos, sem a interferência de causas suspensivas ou interruptivas.

A ARSI e a Rodosol foram notificadas para prestar esclarecimentos, garantindo-se o contraditório frente à possibilidade de anulação do contrato.

A ARSI não apresentou justificativas sobre a matéria, limitando-se a afirmar que não foi o órgão responsável pela licitação, passando a responder pela fiscalização, controle e regulação da concessão somente a partir de 16/04/2010, data em que se consolidou a transferência de alguns direitos e obrigações contratuais do DER para a Agência. Alegou que não detém a prerrogativa de extinção contratual, ao contrário do que a equipe técnica propôs.

A Rodosol argumentou que não há parâmetros para aferir a adequação do serviço quanto à fluidez do tráfego na Terceira Ponte, não se podendo exigir que a concessionária cumpra tal obrigação.

Destacou que não há violação ao princípio da supremacia do interesse público nem primazia do interesse privado em detrimento do público, pois a concessionária apenas cumpre as obrigações contratuais.

Reforçou que nenhum dispositivo legal foi descumprido e a falta de previsão de nível de serviço excluiu a obrigação de realizar obras de expansão e melhoria na Terceira Ponte, às custas da concessionária.

c) Instrução Técnica Conclusiva

Quanto à ARSI, a área técnica anotou que a Agência não foi responsável pela confecção do Edital, mas que responde por eventual alteração e extinção do Contrato.

O corpo técnico enfrentou todas as alegações da Rodosol, reiterando que houve omissão do Edital e do Contrato em fixar os critérios objetivos para aferir a adequação do serviço quanto à fluidez do tráfego, inexistindo o nível de serviço para a Terceira Ponte, em clara violação aos artigos 6º e 23, inciso III, da Lei 8.987/1995.

A análise conclusiva observou que a fluidez do tráfego seria uma condição essencial da adequação do serviço, conforme disposto na cláusula contratual XVI.3.f, mas dependeria de critérios objetivos para ser aferida.

Diante da omissão dos critérios objetivos, a concessionária encontrava-se desobrigada de realizar as obras de expansão da Terceira Ponte, que não poderiam ser exigidas com base na inadequada fluidez do tráfego.

Segundo o corpo técnico, eventual realização das obras desequilibraria o contrato, exigindo uma contrapartida do Estado ou do usuário.

A análise técnica registrou que o risco do tráfego acabou transferido para o Poder Concedente, com prejuízo ao usuário, demonstrando a preocupação da Administração em atender ao interesse privado em detrimento do interesse público.

Além disso, o setor técnico constatou que a exclusão da Terceira Ponte da previsão de nível de serviço não foi justificada pela Administração.

Segundo a área técnica, a omissão dos critérios objetivos quanto à fluidez do tráfego na Terceira Ponte impactou no plano de validade do contrato, uma vez que a prestação do serviço adequado tem origem constitucional e natureza principiológica, não podendo ser omitida nas concessões públicas, conforme determinado no art. 175 da Constituição Federal.

De acordo com o corpo técnico, a omissão constituiu um vício de finalidade, capaz de provocar a nulidade absoluta do contrato, já que a cláusula XVI.5 ofendeu norma constitucional, contrariando o interesse público primário ao permitir a prestação de um serviço público inadequado.

A área técnica posicionou-se pela nulidade absoluta, propondo os seguintes encaminhamentos:

- ⇒ Decretar a prescrição;
- ⇒ Assinar prazo de 30 dias para que a ARSI providencie a ANULAÇÃO do Contrato. Descumprido o prazo, aplicar multa de R\$ 3 mil a 25 mil ao gestor da ARSI e requerer à ALES a sustação do Contrato em 90 dias. Na omissão, decidir pela sustação do Contrato, determinando à ARSI seu cumprimento em 15 dias e comunicando a decisão à ALES e ao Governador.

O **Ministério Público de Contas**, no Parecer n. 4365/2015, da lavra do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, acompanhou a área técnica.

d) Voto

A prestação do serviço público adequado é pressuposto da concessão, conforme definido no art. 175, parágrafo único, inciso IV, da Constituição Federal, constituindo um direito do usuário e um dever da concessionária inafastáveis, reproduzidos em vários dispositivos da Lei n. 8.987/1995, assim como no Contrato n. 1/1998.

A cláusula contratual XVI dispôs sobre o serviço adequado e, no item 4³⁰, determinou que todas as condições fixadas no item 3 deveriam ser integralmente atendidas pela concessionária ao longo do contrato.

Dentre as condições estabelecidas no item 3 da cláusula contratual XVI, encontra-se a fluidez do tráfego, definida, na alínea “f”, como a boa condição de fluidez do trânsito, que assegura aos usuários alcançar seus destinos na programação de tempo, sem congestionamentos provocados por gerenciamento incorreto ou ineficiente, inclusive nas praças de pedágio.

Em seguida, o item 5 da cláusula contratual XVI fixou o nível de serviço na Rodovia ES-060, afirmando, expressamente, que *“esta definição não se aplica ao tráfego na Ponte Castello de Mendonça (Terceira Ponte)”*.

Na sequência, os itens 6 e 7 determinam que as obras de expansão da Rodovia ES-060 deverão ser realizadas pela concessionária, sendo custeadas pelo aumento do tráfego, se o nível de serviço (item 5) for atingido.

Constata-se que o Contrato n. 1/1998, assim como o Edital, não estipulou o nível de serviço na Terceira Ponte, limitando-se a fixá-lo para a Rodovia ES-060.

O nível de serviço representa um critério objetivo para a medição da qualidade quanto à fluidez do tráfego.

Sua ausência violou o art. 23, inciso III, da Lei n. 8.987/1995³¹, que determina, como disposição essencial nos contratos de concessão, a previsão de critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço.

Sob tal aspecto, acompanho a análise conclusiva dos fatos e adoto as seguintes propostas técnicas:

³⁰ 4. A CONCESSIONARIA deve assegurar, durante todo o prazo da concessão, a prestação de serviço adequado, atendidas, integralmente, as condições estabelecidas no item anterior.

³¹ Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

- * Declarar a prescrição da pretensão punitiva do responsável, JORGE HÉLIO LEAL;
- * Manter o Achado de Auditoria.

Acrescento, ainda, uma Determinação, dirigida 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), da Secretaria de Estado de Controle e Transparência (SECONT) e da Procuradoria Geral do Estado (PGE):

- * Se houver nova licitação, o Edital deverá fixar os critérios objetivos de aferição do serviço quanto à fluidez do tráfego para todo o trecho concedido.

A sugestão técnica para a anulação do Contrato será abordada oportunamente.

II.6. Expedição ilegal de licença ambiental prévia (item 2.7 do Relatório de Auditoria e 3.6 da Instrução Técnica Conclusiva)

a) Relatório de Auditoria

A equipe técnica anotou que o art. 2º da Resolução CONAMA 1/1986, que tratava da Avaliação de Impacto Ambiental, exigia que o licenciamento de estradas de rodagem, com duas ou mais faixas de rolamento, fosse instruído com o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e seu Relatório (RIMA).

Por sua vez, o art. 8º da Resolução CONAMA 237/1997 fixou três espécies de licença ambiental: Prévia (na fase de planejamento, quanto à localização, à concepção e à viabilidade ambiental do empreendimento), de Instalação e de Operação.

A Licença de Localização (prévia) foi concedida pela SEAMA em 14/04/1998, abrangendo a Duplicação da Rodovia do Sol e o Contorno de Guarapari. Entretanto, a concessão da licença não foi precedida da análise dos impactos ambientais por meio do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e de seu Relatório (RIMA), contrariando a Resolução CONAMA 1/1986.

A apresentação do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e de seu Relatório (RIMA) foi transferida para depois da licitação e antes do início das obras. Tal procedimento foi considerado ilegal pela equipe técnica, por ofender os artigos 225, § 1º, inciso IV, da Constituição Federal e art. 2º, inciso I, da Resolução CONAMA 1/1986.

A ausência do EIA e RIMA também foi questionada no Relatório Final da CPI da Rodosol, principalmente porque, em seu lugar, foi elaborado apenas o Diagnóstico Ambiental, que constou do Edital n. 1/1998 como sendo um Anteprojeto.

Segundo a CPI, a substituição do EIA e RIMA pelo Diagnóstico Ambiental foi indevida, ensejando a nulidade da concessão, pois o art. 12, inciso VII, da Lei 8.666/1993³² exigia que o projeto básico fosse acompanhado da análise do impacto ambiental, conforme o EIA e RIMA.

Paralelamente, o Ministério Público Estadual (MPE) impetrou a Ação Civil Pública 024980193312, em 12/11/1998, questionando o início da licitação sem a elaboração do EIA e RIMA, já que deveriam integrar o certame.

A equipe técnica observou que a Licença Prévia existia, sendo anterior ao certame, mas sua emissão foi irregular, descumprindo os requisitos legais. Não houve a efetiva análise do impacto ambiental, sendo a elaboração e a avaliação do EIA e do RIMA transferidas para momento posterior à licitação.

³² **Art. 12.** Nos projetos básicos e projetos executivos de obras e serviços serão considerados principalmente os seguintes requisitos:
VII - impacto ambiental.

b) Respostas à citação e à notificação

Não houve Citação ou Notificação. O Relatório de Auditoria não fez proposta de chamamento ao feito.

A equipe técnica identificou como responsáveis o então diretor geral do DER, JORGE HÉLIO LEAL, a coordenadora de Controle Ambiental da SEAMA, MARIALVA LYRA DA SILVA, e o secretário de estado para Assuntos de Meio Ambiente, JORGE ALEXANDRE DA SILVA.

Observou, no entanto, que a pretensão punitiva está prescrita para os dois primeiros responsáveis, já que o fato é anterior à elaboração / publicação do Edital (1998), tendo ocorrido há mais de 05 anos, sem a interferência de causas suspensivas ou interruptivas.

c) Instrução Técnica Conclusiva

Segundo a área técnica, a análise conclusiva ficou prejudicada pela falta de notificação.

De qualquer maneira, a ilegalidade da Licença de Localização concedida não provocaria a nulidade do Edital ou do Contrato, já que foi emitida, sendo seguida das licenças de instalação e de operação.

O corpo técnico observou que a prescrição também se operou em relação a JORGE ALEXANDRE DA SILVA, embora o Relatório de Auditoria tivesse se omitido a respeito, equivocadamente.

De acordo com a área técnica, não cabe expedir Determinação à Secretaria de Estado do Meio Ambiente (SEAMA), pois não é mais o órgão responsável pela expedição de licenças. A Determinação também não deve ser expedida ao Instituto Estadual do Meio Ambiente (IEMA), já que não foi o órgão responsável pelo ato questionado.

Diante da prescrição e da impossibilidade de expedir Determinação, a área técnica propôs a extinção do processo, apenas quanto a esse tópico, na forma do art. 375 do Regimento Interno³³.

O **Ministério Público de Contas**, no Parecer n. 4365/2015, da lavra do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, acompanhou a área técnica.

d) Voto

O Achado de Auditoria refere-se à concessão e ao uso de Licença de Localização sem a prévia elaboração e análise do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e seu Relatório (RIMA), em 14/04/1998, documentos que deveriam ser anteriores à licitação.

Entretanto, as entidades responsáveis pela emissão da Licença Prévia questionada não foram notificadas para apresentar justificativas, razão pela qual o mérito não será analisado.

A falta de apreciação do mérito não prejudica o trabalho realizado nos autos, pois os fatos relatados não possuem potencial de acarretar a nulidade da concessão, além de restarem prescritos.

Segundo a área técnica, não é necessária a expedição de Determinação dirigida ao presente Contrato. Acredito, no entanto, que não existem óbices à expedição da medida se destinada a futuras licitações.

Nesses termos, acompanho, em parte, a análise conclusiva dos fatos e adoto as seguintes propostas técnicas, com acréscimo:

³³ **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.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos processos com o dever constitucional de julgamento ou apreciação de contas e registro de atos atribuído ao Tribunal.

* Declarar a prescrição da pretensão punitiva dos responsáveis, JORGE HÉLIO LEAL, MARIALVA LYRA DA SILVA e JORGE ALEXANDRE DA SILVA;

* 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), da Secretaria de Estado de Controle e Transparência (SECONT), da Procuradoria Geral do Estado (PGE) e do Instituto Estadual do Meio Ambiente e Recursos Hídricos (IEMA)³⁴, que, se houver nova licitação, deverá ser precedida 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.

II.7. Acréscimo irregular de verba rescisória para fins de reequilíbrio econômico-financeiro (item 2.8 do Relatório de Auditoria e 3.7 da Instrução Técnica Conclusiva)

a) Relatório de Auditoria

Em 16/03/2002, a Rodosol solicitou o reequilíbrio contratual, para incluir o montante de 305 mil reais, correspondente aos tíquetes da Terceira Ponte, que, à época da transferência da concessão, ainda estavam em poder dos usuários.

O acréscimo foi aprovado e constou do 1º Aditivo ao Contrato n. 1/1998, sendo enquadrado como a Verba Rescisória da cláusula 232 do Edital.

³⁴ **Lei Complementar Estadual n. 248/2002:**

Art. 5º Compete ao Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos IEMA:
IV - licenciar a localização, instalação, operação e ampliação das atividades potencial ou efetivamente poluidoras/degradadoras, nos termos das normas legais e regulamentares em vigor;

Entretanto, a equipe técnica questionou a ausência de comprovação da quantidade real de tíquetes e do valor total efetivamente recebido pela concessionária.

O setor técnico observou que a planilha elaborada pela Rodosol (f. 1.534/1.535) atestava o recebimento de apenas R\$ 191.862,65, até julho/2002, a título de tíquetes em poder dos usuários, quantia muito inferior ao incremento contratual.

Diante da falta de comprovação da quantidade e dos valores recebido pela empresa, a equipe de auditoria entendeu que o acréscimo de 305 mil reais foi indevido, majorando a tarifa de pedágio em desfavor dos usuários, com ofensa à Lei 8.987/1995³⁵, art. 9º.

b) Respostas à citação e à notificação

Não houve Citação. A equipe técnica identificou como responsáveis o então diretor geral do DER, JORGE HÉLIO LEAL, e o engenheiro-chefe do DER, ALTAMIRO THOMAZ, mas observou que a pretensão punitiva está prescrita, já que o fato data de 2002, tendo ocorrido há mais de 05 anos, sem a interferência de causas suspensivas ou interruptivas.

A ARSI e a Rodosol foram notificadas para prestar esclarecimentos.

A ARSI não apresentou justificativas sobre a matéria, limitando-se a afirmar que não foi o órgão responsável pela licitação, passando a responder pela fiscalização, controle e regulação da concessão somente a partir de 16/04/2010, data em que se consolidou a transferência de alguns direitos e obrigações contratuais do DER para a Agência.

A Rodosol argumentou que o valor dos tíquetes recebidos superou a quantia prevista no Edital, provocando um desequilíbrio no contrato.

³⁵ **Art. 9º** A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

Defendeu que, se a verba estava prevista no 1º Aditivo, significaria que o Poder Concedente concordou com o montante. Além disso, a Auditoria Geral do Estado (AGE) não questionou a inclusão da verba ao analisar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato em 2005.

Argumentou que a matéria estaria sob efeito da decadência, em função do prazo quinquenal, e da coisa julgada administrada, diante da aprovação das Contas do presidente do DER, por meio do processo TC n. 4.574/2009.

c) Instrução Técnica Conclusiva

Quanto à ARSI, a área técnica anotou que a Agência não foi responsável pela confecção do Edital, mas que responde por eventual alteração e extinção do Contrato.

O corpo técnico enfrentou todas as alegações da Rodosol, reiterando que a mera existência dos tíquetes em poder dos usuários foi considerada suficiente para o reequilíbrio contratual, quando deveria ter sido utilizado o valor efetivamente recebido pela concessionária.

Destacou que não havia prova da quantidade e do valor efetivamente recebidos pela Rodosol. Os autos foram instruídos apenas com uma planilha, feita pela própria concessionária, que indicava o recebimento de R\$ 191.862,65, até julho/2002.

Em sua resposta, a Rodosol apresentou uma declaração da ORL, informando ter vendido a quantia de 305 mil reais em tíquetes (f. 14.649/14.650).

No entanto, a Conclusiva observou que o documento não é suficiente para atestar a quantidade e o valor efetivamente recebidos pela concessionária.

A área técnica também constatou que a inclusão dos tíquetes para fins de reequilíbrio foi recusada por um técnico da Secretaria de Estado do

Desenvolvimento de Infraestrutura e Transportes (SEDIT), sendo aceita, somente, pelo DER (f. 14.644/14.648).

Ademais, as alegações de caducidade e de coisa julgada administrativa foram enfrentadas nos itens 2.1 e 2.2 da Conclusiva, sendo rejeitadas. Além disso, a atuação do TCEES é independente da AGE e o fato desta não ter identificado a irregularidade não impediria que o Tribunal o fizesse.

Para ter direito ao reequilíbrio, a Rodosol precisaria comprovar a quantidade e o valor efetivamente recebidos, a título de tíquetes em poder dos usuários, por ocasião da transferência da concessão.

A área técnica posicionou-se pela manutenção do Achado de Auditoria, propondo os seguintes encaminhamentos:

- ⇒ Decretar a prescrição;
- ⇒ Não considerar, como um 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.

O **Ministério Público de Contas**, no Parecer n. 4365/2015, da lavra do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, acompanhou a área técnica.

d) Voto

O encargo decorrente da utilização dos tíquetes pelos usuários, após a transferência da concessão, só pode ser apurado com base na quantidade e no valor efetivamente recebidos, o que não foi comprovado pela concessionária.

Para tal comprovação, não é suficiente a mera declaração da Rodosol em planilha (f. 1.533/1.535) nem a simples declaração da ORL sobre o valor total dos tíquetes vendidos (f. 14.649/14.650).

Diante da ausência de prova da quantidade e do valor dos tíquetes recebidos pela Rodosol, o acréscimo de verba rescisória pelo 1º Termo Aditivo, como um fator de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, mostrou-se irregular, devendo ser desconsiderado.

Cabe registrar que a quantia foi excluída da avaliação econômico-financeira da concessão, conforme o cálculo efetuado pela área técnica no tópico **II.17**.

Nesses termos, acompanho, integralmente, a análise conclusiva dos fatos e adoto as seguintes propostas técnicas:

- * Declarar a prescrição da pretensão punitiva dos responsáveis, JORGE HÉLIO LEAL e ALTAMIRO THOMAZ;
- * Manter o Achado de Auditoria;
- * Determinar que a ARSP desconsidere, 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.

II.8. Expedição de licença de operação sem o cumprimento de todas as condicionantes ambientais (item 2.9 do Relatório de Auditoria e 3.8 da Instrução Técnica Conclusiva)

a) Relatório de Auditoria

De acordo com o art. 8º, inciso III, da Resolução CONAMA 237/1997³⁶, a Licença de Operação constitui uma etapa do licenciamento ambiental, que autoriza a

³⁶ **Art. 8º** - O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

operação da atividade ou empreendimento, mediante o efetivo cumprimento das medidas de controle ambiental e das condicionantes para a operação, exigidas nas Licenças anteriores (Prévia e de Instalação).

No entanto, a equipe técnica constatou a emissão de Licenças de Operação sem a verificação do efetivo cumprimento de todas as condicionantes exigidas nas Licenças anteriores.

As condicionantes exigidas, cujo cumprimento não foi atestado, foram relacionadas na Tabela 1 do Relatório de Auditoria (f. 10.448).

Como os custos das condicionantes ambientais deveriam compor a Proposta Comercial na condição de Investimentos, conforme item 4.3.2 do Edital³⁷, e, tendo em vista que alguns encargos não foram realizados, a equipe técnica concluiu que houve um desequilíbrio contratual em favor da Rodosol, pela redução indevida de seus encargos, sem a correspondente redução da tarifa, cabendo à ARSI corrigi-lo.

b) Respostas à citação e à notificação

Não houve Citação. A equipe técnica identificou como responsável o então diretor técnico do IEMA, JADIR VIANA DOS SANTOS, mas observou que a pretensão punitiva está prescrita, já que a expedição das licenças questionadas se deu em 2003, tendo ocorrido há mais de 05 anos, sem a interferência de causas suspensivas ou interruptivas.

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.

³⁷ 4.3.2. INVESTIMENTOS

As LICITANTES deverão apresentar o Cronograma Financeiro dos Investimentos, no formato do Quadro 5, informando, ano a ano, os valores dos investimentos nas obras, instalações, projetos executivos, equipamentos e serviços para o atendimento do escopo da CONCESSÃO.

Deverão incluir nos seus preços todos os serviços, materiais, testes, ensaios, taxas, impostos, benefícios diretos e indiretos, encargos financeiros e demais despesas para execução total dos serviços e obras, considerando que todas as instalações elétricas e eletrônicas serão entregues, para fins de aceitação, em condições de operação normal.

A ARSI, o IEMA e a Rodosol foram notificados para prestar esclarecimentos.

A ARSI não apresentou justificativas sobre a matéria, limitando-se a afirmar que não foi o órgão responsável pela licitação, passando a responder pela fiscalização, controle e regulação da concessão somente a partir de 16/04/2010, data em que se consolidou a transferência de alguns direitos e obrigações contratuais do DER para a Agência.

O IEMA apresentou a Nota Técnica 34/2014, informando que as Licenças de Operação 198/2006 e 6/2003 foram prorrogadas automaticamente, estando válidas.

Acrescentou que, quanto à condicionante 3 da Licença de Operação 198/2006, houve solução, mas a análise não foi localizada, salvo em relação ao Parque Estadual Paulo César Vinha, cuja equipe atestou o acompanhamento.

As condicionantes 11 da Licença de Instalação 91/2000, 4, 20 e 27 da Licença de Operação Provisória 3/2003 e 5 da Licença de Operação 6/2003 foram cumpridas. A condicionante 4 da Licença de Operação 6/2003 foi encerrada, enquanto que a condicionante 16 da mesma Licença estava em análise.

Por sua vez, a Rodosol argumentou que, das 08 condicionantes questionadas no Relatório de Auditoria, todas estão regulares, sendo que 04 foram cumpridas, 01 foi encerrada e 03 estão em cumprimento. Quanto aos taludes, vêm sendo recuperados regularmente e não há critério para classificá-los como insatisfatórios.

As condicionantes 11 da Licença de Instalação 91/2000, 4 e 20 da Licença de Operação Provisória 3/2003 e 6 da Licença de Operação 6/2003 foram cumpridas, conforme os Ofícios 6558/2007, 5452/2007, 554/2007 e 11/2011.

A condicionante 4 da Licença de Operação 6/2003 foi encerrada, conforme o Ofício 25/2011, sendo que Laudo anexo não encontrou justificativa para sua exigência.

A Rodosol alegou que houve esforço para o atendimento da condicionante 4 da Licença de Operação 6/2003, com a elaboração de 10 projetos pilotos e de 10 projetos de recuperação, até que o órgão licenciador reconhecesse as dificuldades e encerrasse a exigência.

A seu tempo, a condicionante 27 da Licença de Operação Provisória ainda está sendo executada, por meio do Programa de Proteção à Fauna Silvestre.

A condicionante 16 da Licença de Operação 6/2003 ainda está sendo executada, pois depende da manifestação de outros órgãos, conforme atestado em Laudo anexo.

Sobre a condicionante 3 da Licença de Operação 198/2006, parte já foi cumprida e parte encontra-se em execução.

c) Instrução Técnica Conclusiva

Quanto à ARSI, a área técnica anotou que a Agência não se manifestou sobre o Achado de Auditoria.

O corpo técnico enfrentou todas as alegações do IEMA e da Rodosol, constatando que a documentação enviada pelo Instituto confirmou o cumprimento das seguintes condicionantes, devendo a inconsistência ser afastada: 11 da Licença de Instalação 91/2000, 4, 20 e 27 da Licença de Operação Provisória 3/2003 e 5 da Licença de Operação 6/2003.

Além disso, a condicionante 4 da Licença de Operação 6/2003 foi encerrada e a condicionante 16 da mesma Licença estava em análise, devendo a inconsistências serem afastadas.

Quanto à condicionante 3 da Licença de Operação 198/2006, a área técnica constatou que o IEMA omitiu-se no dever de exigir o cumprimento da obrigação, em desrespeito à Lei Complementar estadual 248/2002³⁸, art. 5º, inciso IV.

Sendo assim, quanto à condicionante 3 da Licença de Operação 198/2006, foram descumpridos os seguintes aspectos:

- A sinalização das trilhas de visitação do Parque Natural Municipal de Jacarenema não foi realizada, embora a Rodosol tenha comprovado que sua execução depende da análise da Secretaria de Meio Ambiente de Vila Velha;
- A sinalização das trilhas de visitação do Parque Estadual Paulo César Vinha e da Área de Proteção Ambiental de Setiba foi parcialmente cumprida, restando a produção de 27 placas de sinalização;
- A produção de mapa lúdico e magnético para exposição em parede do Parque Estadual Paulo César Vinha não foi cumprida, sendo adiada para o momento da conclusão do centro de visitantes;
- A construção do centro de visitantes do Parque Estadual Paulo César Vinha não foi cumprida.

Apesar de constatado o descumprimento parcial das condicionantes ambientais da Licença de Operação n. 198, o corpo técnico observou que a pretensão punitiva desta Corte já estava prescrita, já que o licenciamento ocorreu em 2006, há mais de 05 (cinco) anos da data da Auditoria.

Diante disso, a área técnica posicionou-se pela manutenção do Achado de Auditoria, propondo os seguintes encaminhamentos:

- ⇒ Declarar a prescrição;
- ⇒ Se a proposta de nulidade for acolhida:

³⁸ **Art. 5º** Compete ao Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos IEMA: **IV** - licenciar a localização, instalação, operação e ampliação das atividades potencial ou efetivamente poluidoras/degradadoras, nos termos das normas legais e regulamentares em vigor;

⇒ Determinar que o IEMA apure, no prazo de 90 dias, quais condicionantes não foram cumpridas e, em conjunto com a ARSI, calcule os efeitos financeiros sobre o Contrato;

⇒ Determinar que a ARSI inclua, na avaliação econômico-financeira do Contrato, os efeitos financeiros decorrentes do descumprimento das condicionantes ambientais;

⇒ Se a proposta de nulidade for rejeitada, assinar prazo de 180 dias para que o IEMA adote todas as providências para o efetivo cumprimento das condicionantes ambientais.

O **Ministério Público de Contas**, no Parecer n. 4365/2015, da lavra do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, acompanhou a área técnica.

d) Voto

As condicionantes ambientais inseridas na Licença de Operação n. 198/2006 não foram integralmente cumpridas.

Entendo que, considerando o tempo decorrido entre a Auditoria e o presente julgamento, é necessário que o Poder Concedente apure se há condicionantes ambientais ainda não cumpridas pela concessionária. Nesse aspecto, acompanho a área técnica.

Observo, ainda, que o cumprimento das condicionantes ambientais resulta em despesa para a concessionária, que já se encontra embutida no valor da tarifa de pedágio. Desse modo, o descumprimento da obrigação ambiental importa no desequilíbrio entre os encargos da concessionária e a justa remuneração obtida por meio da tarifa.

A solução para tal descumprimento, se confirmado, depende da possibilidade de execução da condicionante. Não sendo possível executá-la, seja em razão da extinção do contrato, recusa ou omissão da concessionária ou outro fator que a torne inexecutável, caberá à ARSP apurar o valor da despesa, incluindo o

montante como um fator de desequilíbrio contratual. Nesse ponto, também acompanho a proposta técnica.

Nesses termos, acompanho, integralmente, a análise conclusiva dos fatos e adoto as seguintes propostas técnicas:

* Declarar a prescrição da pretensão punitiva do responsável, JADIR VIANA DOS SANTOS;

* Manter o Achado de Auditoria;

* Determinar ao Poder Concedente que fiscalize o cumprimento das condicionantes ambientais exigidas para o Contrato 1/1998;

* Considerar, como um evento de desequilíbrio contratual, o valor das condicionantes ambientais pendentes, que, por qualquer motivo, não puderem ser cumpridas.

II.9. Repasse a menor da Verba para Custeio da Fiscalização (item 2.10 do Relatório de Auditoria e 3.9 da Instrução Técnica Conclusiva)

a) Relatório de Auditoria

A cláusula LXXVI do Contrato³⁹ fixou o valor anual da Verba para Custeio da Fiscalização, que a Rodosol deveria repassar ao DER (ou à ARSI, a partir de 2010), sendo:

³⁹ CLÁUSULA LXXVI

Da Verba para Custeio da Fiscalização

1. A CONCESSIONÁRIA arcará com uma verba destinada a cobrir as despesas do DER/ES com a fiscalização da concessão.

2. A Verba para Custeio da Fiscalização será paga pela CONCESSIONÁRIA ao DER/ES nos valores e períodos abaixo indicados:

a) no primeiro ano de Concessão: R\$ 310.000,00 (trezentos e dez mil reais)

b) do segundo ao quinto ano da concessão: R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);

1999 = 310 mil

2000 a 2003 = 240 mil ao ano

2004, 2007, 2010, 2013, 2016, 2019 e 2022 = 90 mil ao ano

Demais anos = 60 mil ao ano

O 4º Termo Aditivo excluiu o repasse, a contar de 31/12/2010, considerando que foi substituído pela Taxa de Regulação e de Fiscalização do Serviço Público de Infraestrutura Viária (TRV), criada pela Lei Complementar Estadual 512/2009.

Entre 1999 e 2010, a Rodosol deveria ter repassado ao Concedente o montante de R\$ 1.780.000,00 (data-base: outubro/1998), mas deixou de transferir R\$ 82.114,65 (data-base: outubro/1998), conforme apurado pela equipe técnica, a partir de documentos da ARSI e de consulta ao Sistema Integrado de Administração Financeira (SIAFEM), conforme demonstrado na tabela 6 do Relatório de Auditoria (f. 10.454), abaixo resumida:

	Data-base: outubro/1998	Data do repasse
Total devido	1.780.000,00	2.597.430,00
Total repassado	1.697.885,00	2.413.070,00
Repasse a menor	82.115,00	184.360,00

Em R\$

Segundo a equipe de auditoria, a maior parte da diferença foi provocada pela aplicação do redutor de 24,24% sobre a Verba de Custeio da Fiscalização, sem amparo contratual.

A equipe do TCEES observou que, nos estudos realizados pela ARSI para o reequilíbrio do Contrato (Nota Técnica de f. 41/66), foram consideradas as

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.

diferenças no repasse das Verbas de Custeio da Fiscalização e de Aparelhamento da Polícia Rodoviária. No entanto, a ARSI também aplicou, indevidamente, o redutor de 24,24%, que deveria incidir apenas sobre o pedágio da Terceira Ponte.

b) Respostas à citação e à notificação

Não houve Citação. A equipe técnica entendeu que não caberia responsabilizar nenhum agente, diante das providências adotadas pela ARSI para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A ARSI e a Rodosol foram notificadas para prestar esclarecimentos.

A ARSI alegou que também constatou divergências no repasse das Verbas de custeio pela concessionária.

Destacou que seus cálculos tiveram por base os índices de reajuste das tarifas de pedágio, conforme previsto cláusula contratual LXXIX, mas que adotará a metodologia do TCEES, se assim for determinado.

Quanto à avaliação econômico-financeira da concessão, afirmou que necessita de um prazo superior a 30 dias para realizá-la, solicitando que possa apresentar um plano de ação. Se o contrato for mantido, o reequilíbrio econômico-financeiro demandará prazo superior a 180 dias, considerando, ainda, a pendência de decisão judicial que suspendeu o aditamento contratual.

A ARSI acrescentou que, desde 2010, vem realizando os estudos para o reequilíbrio contratual, ainda em andamento, razão pela qual não se deve falar em omissão dos agentes quanto a providências.

Por sua vez, a Rodosol argumentou que os repasses estão regulares, tendo sido aplicado o redutor de 24,24%, por força do 2º Termo Aditivo.

c) Instrução Técnica Conclusiva

O corpo técnico enfrentou todas as alegações da ARSI e da Rodosol, reiterando que o redutor de 24,24%, criado pelo 2º Termo Aditivo, deveria incidir apenas sobre a tarifa da Terceira Ponte, e não sobre todos os valores do contrato. Não incidiu, por exemplo, sobre o pedágio da Praia do Sol.

Desse modo, foi indevida a incidência do redutor de 24,24% sobre a Verba para Custeio da Fiscalização.

A área técnica posicionou-se pela manutenção do Achado de Auditoria, propondo os seguintes encaminhamentos:

⇒ Se a proposta de nulidade for acolhida, Determinar que a ARSI promova a avaliação econômico-financeira do Contrato, considerando, como evento de desequilíbrio, a diferença entre a Verba para Custeio da Fiscalização devida (sem o redutor de 24,24%) e a efetivamente repassada, no montante de R\$ 82.114,65 (data-base: outubro/1998);

⇒ Se a proposta de nulidade for rejeitada, Determinar que a ARSI promova o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, considerando, como evento de desequilíbrio, a diferença entre a Verba para Custeio da Fiscalização devida (sem o redutor de 24,24%) e a efetivamente repassada, no montante de R\$ 82.114,65 (data-base: outubro/1998).

O **Ministério Público de Contas**, no Parecer n. 4365/2015, da lavra do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, acompanhou a área técnica.

d) Voto

Constatou-se o repasse a menor da Verba para Custeio da Fiscalização, em razão da aplicação indevida do redutor de 24,24%.

O 2º Termo Aditivo ao Contrato n. 1/1998, no Parágrafo Primeiro da Cláusula Segunda⁴⁰, estabeleceu a incidência de um redutor de 24,24% sobre a tarifa básica da Terceira Ponte, a contar de 01/01/2007.

O redutor de 24,24% representou uma medida excepcional, de caráter compensatório à supressão de obras e à suspensão de encargos.

Foi aplicado exclusivamente sobre a tarifa básica da Terceira Ponte, não abrangendo as demais receitas, como a tarifa da Praia do Sol, nem os encargos da concessionária, como a Verba para Custeio da Fiscalização.

Desse modo, o redutor não poderia ser estendido, implicitamente, a outros valores não previstos no 2º Aditivo.

A aplicação do redutor de 24,24% sobre a Verba para Custeio da Fiscalização foi indevida, provocando o repasse a menor de R\$ 82.114,65 (data-base: outubro/1998), conforme apurado pela área técnica.

Nesses termos, acompanho, integralmente, a análise conclusiva dos fatos e adoto as seguintes propostas técnicas:

- * Manter o Achado de Auditoria;

- * Considerar, como evento de desequilíbrio contratual, a diferença entre a Verba para Custeio da Fiscalização devida (sem o redutor de 24,24%) e a efetivamente repassada.

⁴⁰ **Cláusula Segunda** – O valor da tarifa básica reajustada (TBR) da praça de pedágio localizada na Ponte Castello Mendonça é mantido em R\$ 1,50 (hum real e cinquenta centavos) até o dia 31 de dezembro de 2006.

Parágrafo Primeiro – A partir de 01 de janeiro de 2007 (inclusive) a tarifa básica (TB) da praça de pedágio localizada na Ponte Castello Mendonça será reajustada no primeiro dia de cada ano, utilizando-se a fórmula paramétrica prevista na cláusula XIX do contrato ora aditado.

Sobre o resultado encontrado será aplicado o redutor de 24,24% (vinte e quatro vírgula vinte e quatro por cento), que compensa a supressão e aditamento de obras e a suspensão do encargo previsto na cláusula LXXX do contrato aditado, que eram devidos anteriormente a esse aditamento.

II.10. Repasse a menor da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária (item 2.11 do Relatório de Auditoria e 3.10 da Instrução Técnica Conclusiva)

a) Relatório de Auditoria

A cláusula contratual LXXVIII⁴¹ previa o repasse de Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária, nos seguintes valores:

1999 = 190 mil

2001, 2004, 2007, 2010, 2013, 2016, 2019 e 2022 = 145 mil ao ano

Demais anos = 60 mil ao ano

Entre 1999 a 2012, deveriam ter sido transferidos R\$ 1.310.000,00 (data-base: outubro/1998), mas o pagamento foi menor em R\$ 338.629,64 (data-base: outubro/1998), conforme demonstrado na tabela 7 do Relatório de Auditoria (f. 10.459), abaixo resumida:

	Data-base: outubro/1998	Data do repasse
Total devido	1.310.000,00	2.319.789,00
Total repassado	971.370,00	1.743.428,00
Repasse a menor	338.630,00	576.361,00

Em R\$

⁴¹ CLÁUSULA LXXVIII

Da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária

1. A CONCESSIONÁRIA arcará com uma verba para o aparelhamento da Polícia Rodoviária, a ser utilizada na forma prevista nesta Cláusula.

2. Os valores da Verba e os períodos para sua utilização são os seguintes:

a) durante o primeiro ano da Concessão: R\$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais);

b) nos anos correspondentes ao 3º, 6º, 9º, 12º, 15º, 18º, 21º e 24º aniversários deste CONTRATO: R\$ 145.000,00 (cento e quarenta e cinco mil reais);

c) nos demais anos da Concessão, que não os referidos nas letras anteriores: R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

3. A verba destinar-se-á exclusivamente à aquisição, reposição, conservação e readequação, pela CONCESSIONÁRIA, de equipamentos e materiais de consumo necessários ao policiamento rodoviário do SISTEMA RODOVIA DO SOL, tais como veículos, motocicletas, equipamentos de radiocomunicação abastecimento de combustíveis.

Assim como no tópico anterior, a ARSI também realizou estudos sobre o reequilíbrio contratual, que não foram concluídos em função da superveniência de decisão judicial, que suspendeu eventuais alterações no contrato. Nesses estudos, a ARSI não questionou a inclusão do redutor de 24,24% sobre a Verba.

A equipe de auditoria acrescentou que a existência de Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária, como um encargo da concessionária, seria desaconselhável em contratos de concessão, por não se relacionar diretamente à prestação do serviço público concedido, e, por efeito, acabar onerando o pedágio e prejudicando a modicidade tarifária.

b) Respostas à citação e à notificação

Não houve Citação. A equipe técnica entendeu que não caberia responsabilizar nenhum agente, diante das providências adotadas pela ARSI para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A ARSI e a Rodosol foram notificadas para prestar esclarecimentos.

A ARSI alegou que o uso da Verba dependia de um convênio a ser firmado entre a concessionária e o Batalhão de Trânsito. Embora a Agência tivesse se empenhado, a negociação foi prejudicada pela decisão judicial, que impediu novos aditivos.

Reforçou ter constatado divergências no repasse das Verbas de custeio pela concessionária, destacando que seus cálculos tiveram por base os índices de reajuste das tarifas de pedágio, conforme previsto cláusula contratual LXXIX, mas que adotará a metodologia do TCEES, se assim for determinado.

Quanto à avaliação econômico-financeira da concessão, afirmou que necessita de um prazo superior a 30 dias para realizá-la, solicitando que possa apresentar um plano de ação. Se o contrato for mantido, reequilíbrio econômico-financeiro demandará prazo superior a 180 dias, considerando, ainda, a pendência de decisão judicial que suspendeu o aditamento contratual.

A ARSI acrescentou que, desde 2010, vem realizando os estudos para o reequilíbrio contratual, ainda em andamento, razão pela qual não se deve falar em omissão dos agentes quanto a providências.

Por sua vez, a Rodosol argumentou que os repasses estão regulares, tendo sido aplicado o redutor de 24,24%, por força do 2º Termo Aditivo. Destacou que a quantia a ser repassada era previamente informada pelo DER ou ARSI, conforme Ofícios, notas fiscais e comprovantes de pagamentos juntados aos autos (doc. 13).

c) Instrução Técnica Conclusiva

O corpo técnico enfrentou todas as alegações da ARSI e da Rodosol, reiterando que o redutor de 24,24%, criado pelo 2º Termo Aditivo, deveria incidir apenas sobre a tarifa da Terceira Ponte, e não sobre todos os valores do contrato. Não incidiu, por exemplo, sobre o pedágio da Praia do Sol.

Desse modo, foi indevida a incidência do redutor de 24,24% sobre a Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária.

A área técnica posicionou-se pela manutenção do Achado de Auditoria, propondo os seguintes encaminhamentos:

⇒ Se a proposta de nulidade for acolhida, Determinar que a ARSI promova a avaliação econômico-financeira do Contrato, considerando, como evento de desequilíbrio, a diferença entre a Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária devida (sem o redutor de 24,24%) e a efetivamente repassada, no montante de R\$ 338.629,64 (data-base: outubro/1998);

⇒ Se a proposta de nulidade for rejeitada, Determinar que a ARSI promova o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, considerando, como evento de desequilíbrio, a diferença entre a Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária devida (sem o redutor de 24,24%) e

a efetivamente repassada, no montante de R\$ 338.629,64 (data-base: outubro/1998).

O **Ministério Público de Contas**, no Parecer n. 4365/2015, da lavra do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, acompanhou a área técnica.

d) Voto

Constatou-se o repasse a menor da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária, em razão da aplicação indevida do redutor de 24,24%.

O 2º Termo Aditivo ao Contrato n. 1/1998, no Parágrafo Primeiro da Cláusula Segunda⁴², estabeleceu a incidência de um redutor de 24,24% sobre a tarifa básica da Terceira Ponte, a contar de 01/01/2007.

O redutor de 24,24% representou uma medida excepcional, de caráter compensatório à supressão de obras e à suspensão de encargos.

Foi aplicado exclusivamente sobre a tarifa básica da Terceira Ponte, não abarcando as demais receitas, como a tarifa da Praia do Sol, nem os encargos da concessionária, como a Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária.

Desse modo, o redutor não poderia ser estendido, implicitamente, a outros valores não previstos no 2º Aditivo.

⁴² **Cláusula Segunda** – O valor da tarifa básica reajustada (TBR) da praça de pedágio localizada na Ponte Castello Mendonça é mantido em R\$ 1,50 (hum real e cinquenta centavos) até o dia 31 de dezembro de 2006.

Parágrafo Primeiro – A partir de 01 de janeiro de 2007 (inclusive) a tarifa básica (TB) da praça de pedágio localizada na Ponte Castello Mendonça será reajustada no primeiro dia de cada ano, utilizando-se a fórmula paramétrica prevista na cláusula XIX do contrato ora aditado.

Sobre o resultado encontrado será aplicado o redutor de 24,24% (vinte e quatro vírgula vinte e quatro por cento), que compensa a supressão e aditamento de obras e a suspensão do encargo previsto na cláusula LXXX do contrato aditado, que eram devidos anteriormente a esse aditamento.

A aplicação do redutor de 24,24% sobre a Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária foi indevida, provocando o repasse a menor de R\$ 338.629,64 (data-base: outubro/1998), conforme apurado pela área técnica.

Note-se que o cálculo da equipe técnica abrangeu o período de 1999 a 2012, mas o repasse a menor pode ter ocorrido nos anos seguintes, que também devem ser abarcados pela sugestão técnica.

Nesses termos, acompanho, integralmente, a análise conclusiva dos fatos e adoto as seguintes propostas técnicas:

- * Manter o Achado de Auditoria;
- * Considerar, como evento de desequilíbrio contratual, a diferença entre a Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária devida (sem o redutor de 24,24%) e a efetivamente repassada, bem como o montante a ser apurado pela ARSP a partir de 2013.

II.11. Alteração nas exigências de operação / administração sem correspondente equilíbrio econômico-financeiro (item 2.12 do Relatório de Auditoria e 3.11 da Instrução Técnica Conclusiva)

a) Relatório de Auditoria

O Programa de Exploração de Rodovias (PER), constante do Anexo III, Volume IV, do Edital, elencou os Serviços Operacionais que deveriam ser realizados pela concessionária, vinculados às funções de Arrecadação do pedágio, Fiscalização do trânsito e transporte, Segurança e conforto dos usuários, Auditoria e Fluidez do tráfego.

A equipe técnica constatou que alguns serviços operacionais não estavam sendo executados, mas a Rodosol continuava a ser remunerada pela sua prestação, em especial, quanto às atividades relacionadas a:

- Construção, manutenção e instalação de equipamentos do Posto Geral de Fiscalização;
- Apoio e infraestrutura para a Fiscalização de veículos e de condutores;
- Operação dos Postos Móveis de Pesagem;
- Comunicação *on line* do Banco de Dados.

A equipe de auditoria entendeu que a inexecução de parte dos serviços operacionais, ainda que ocasionada por opção do Poder Concedente, resultou na redução das despesas da concessionária e no desequilíbrio da concessão.

Observou que a inexecução parcial das funções operacionais correspondeu a uma verdadeira alteração unilateral do contrato, que, na forma do art. 9º, § 4º, da Lei n. 8.987/1995⁴³, deveria ter sido formalizada pelo DER ou pela ARSI, por meio da revisão contratual, a fim de restabelecer a equação econômico-financeira.

Especificamente sobre o **Posto Geral de Fiscalização**, o setor técnico relatou que estava descrito no PER como uma unidade rodoviária, situada ao lado da Praça de Pedágio da Praia do Sol, destinada a abrigar as atividades de competência do Poder Concedente, distribuídas nos módulos de Policiamento rodoviário, Controle de emissão de poluentes, Fiscalização do ICMS e Saúde.

Quanto às atividades de construção, instalação de equipamentos e manutenção do Posto de Fiscalização, o PER determinou que ficariam a cargo da concessionária.

Segundo a equipe técnica, o Posto Geral foi construído e preparado para a instalação de todos os módulos, mas estava desequipado e sem funcionamento,

⁴³ **Art. 9º** A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

devido à carência de agentes do Poder Concedente. A unidade funcionava, excepcionalmente, durante o verão, para o policiamento rodoviário.

A equipe de auditoria entendeu que a baixa utilização do Posto constituiu uma opção do Poder Concedente, mas resultou na diminuição de boa parte dos custos de administração e manutenção, atribuídos à concessionária, como limpeza, segurança patrimonial, material de escritório, equipamentos de apoio e demais instrumentos.

Conforme previsto na Proposta Comercial⁴⁴, o Investimento com a construção, a instalação de equipamentos e a manutenção do Posto de Fiscalização seria de a R\$ 1.042.000,00 (f. 13.140).

No Apêndice **D.14** do Relatório de Auditoria, a equipe técnica avaliou o Investimento, conforme os preços referenciais de engenharia, obtendo o valor paradigma de R\$ 309.249,33, relativo somente à construção do Posto Geral de Fiscalização, sem incluir as demais atividades, consideradas não executadas, como a instalação de equipamentos e a manutenção (f. 10.593).

O setor técnico não conseguiu apurar os Custos com materiais diversos, materiais de escritório, limpeza e vigilância, pois a Proposta Comercial não discriminou a quantia específica destinada ao Posto Geral. Entretanto, a equipe de auditoria entendeu que tais Custos não foram realizados, em razão da inoperância do Posto de Fiscalização.

No âmbito dos serviços de **Apoio e Infraestrutura de Fiscalização de veículos e de condutores**, a equipe de auditoria observou que vários equipamentos previstos no PER não chegaram a ser instalados, a saber: decodificadores de placas veiculares, equipamentos de comunicação com o banco de dados do DETRAN e da Secretaria da Fazenda, equipamento de verificação do sistema de segurança veicular e de emissão de poluentes e equipamento para avaliação das condições físicas e psicológicas dos motoristas.

⁴⁴ Item 3.2 do Quadro 5 (Investimentos).

A falta de instalação dos equipamentos elencados no PER deveria ter ensejado a revisão contratual, pois gerou uma economia em favor da concessionária, já que a despesa compunha a tarifa de pedágio.

Quanto aos **Postos Móveis de Pesagem**, a equipe do TCEES constatou que os equipamentos foram entregues pela concessionária, mas não estavam sendo operados.

O setor técnico apurou que a falta de operação dos Postos Móveis gerou uma economia para a Rodosol, no valor de R\$ 1.525.631,28, referente ao Custo com a Mão de Obra destinada aos serviços de pesagem, como Coordenador de Pesagem, Operador de Balança e Auxiliar de Pista, segundo previsto na Proposta Comercial.

Em relação ao **Banco de Dados**, a concessionária deveria alimentar o sistema de informação *on line* do Poder Concedente, permitindo o controle dos sistemas de atendimento aos usuários, arrecadação, fiscalização e conservação.

Em 02/10/2013, a equipe técnica encaminhou um *e-mail* à Rodosol, indagando sobre a existência da comunicação entre o Banco de Dados e o sistema estadual, mas não obteve resposta, passando a presumir que a obrigação não foi cumprida.

b) Respostas à citação e à notificação

A equipe técnica identificou como responsáveis os ex-diretores gerais do DER, JORGE HÉLIO LEAL, SÍLVIO RAMOS e LÚCIA VILARINHO, mas observou que a pretensão punitiva estava prescrita, já que suas gestões se encerraram há mais de 05 anos da data da auditoria, sem a interferência de causas suspensivas ou interruptivas.

Houve a Citação dos demais responsáveis, cujos atos não estavam prescritos, a saber: o diretor geral do DER, EDUARDO ANTÔNIO MANNATO GIMENES, e

os diretores gerais da ARSI, JOSÉ EDUARDO PEREIRA, MARIA PAULA DE SOUZA MARTINS e LUIZ PAULO DE FIGUEIREDO.

A ARSI e a Rodosol foram notificadas para prestar esclarecimentos.

Citado, EDUARDO ANTÔNIO MANNATO GIMENES (ex-diretor geral do DER) afirmou que o serviço referente à comunicação com o **Banco de Dados** ficou a cargo da Auditoria Geral do Estado (AGE), que firmou o Contrato 6/2004 com a empresa Módulo *Security*, no valor de R\$ 160 mil, tendo como objeto a instalação de sistema de monitoramento da arrecadação nas praças de pedágio (SIGA).

O sistema foi instalado, com *link* direto à AGE, para controle e monitoramento do volume do tráfego e geração de um banco de dados. Quanto ao Banco de Dados, alegou que o DER não seria responsável por eventual ineficiência do sistema estadual.

Acerca do **Posto de Fiscalização** (Praia do Sol), afirmou que a concessionária custeava as despesas de 03 Postos ao longo da Rodovia, nas seguintes situações:

- Posto na Terceira Ponte – construído e mantido pela Rodosol, embora não previsto no contrato;
- Posto na Praça da Praia do Sol – possuía dependências destinadas à fiscalização do transporte intermunicipal pelo DER e era utilizado pela Polícia Militar nos períodos de férias. A Rodosol arcava com os custos mensais mínimos de energia e água, além da manutenção e cessão de equipamentos para a ‘Operação Verão’;
- Posto na Barra do Jucu – não foi construído pela Rodosol, mas era usado pela Polícia Rodoviária Estadual, tendo as despesas de operação e de reforma pagas pela concessionária.

Sobre os **Postos Móveis de Pesagem**, afirmou que a Rodosol custeava a sua manutenção, assim como as despesas com o veículo móvel de apoio e com a mão de obra disponível para a tarefa. Destacou que o uso da balança móvel se

mostrava desnecessário, pois a Lei Estadual n. 4.463/1990 restringiu o tráfego de veículos pesados na Rodovia. Mesmo assim, em 2001, houve uma reunião entre o DER e a concessionária, objetivando definir uma ação educativa para o uso da balança.

Argumentou que, durante sua gestão, não houve prejuízo à segurança dos usuários, pois a Rodovia encontrava-se em bom estado de conservação, sinalização e policiamento. Destacou, ainda, que a redução e o congelamento das tarifas, entre 2004 e 2006, provocaram uma perda de receita, prejudicando a concessionária.

Citado, JOSÉ EDUARDO PEREIRA (ex-diretor geral da ARSI) afirmou que a ARSI teria adotado providências para o reequilíbrio contratual, que não foi realizado devido à escassez de tempo e de recursos humanos.

Destacou que os estudos sobre o reequilíbrio foram iniciados em 2010 e, até sua exoneração, não foram concluídos, pois demandavam tempo e a ARSI dispunha de apenas um servidor para a tarefa.

Alegou que não houve omissão no dever legal de fiscalizar a concessão, já que as Recomendações contidas no Acórdão TC 35/2010 (processo TC 4574/2009) estavam sendo providenciadas pela ARSI.

Do mesmo modo, argumentou que não houve omissão no dever legal de alterar o contrato, pois o reequilíbrio econômico-financeiro poderia ocorrer a qualquer momento, durante toda a vigência da concessão.

Reforçou que a ARSI acabara de ser criada e dispôs de um período de adaptação, até 15/04/2010, para o implemento de suas obrigações legais.

Afirmou que o **Posto de Fiscalização** foi construído, mas que a Administração não formalizou a desistência de operá-lo, passando a utilizá-lo esporadicamente, ocasiões em que o Posto Geral era estruturado e reparado pela Rodosol.

Quanto ao **Banco de Dados**, destacou que fora criado pela concessionária, mas competia ao Poder Concedente desenvolver um sistema *on line* para receber as informações da Rodosol. A ARSI buscou obter o sistema contratado pela SECONT (antiga AGE), o que não foi possível até a sua exoneração.

Citada, MARIA PAULA DE SOUZA MARTINS (ex-diretora geral da ARSI) afirmou que a Lei Estadual n. 4.463/1990 enquadrava a Rodovia como 'turística', proibindo o trânsito de veículos de carga e tornando desnecessárias a instalação e a manutenção dos **Postos de Pesagem**.

Por sua vez, a Lei Estadual n. 9.602, de 27/12/2010, permitiu o trânsito de veículos de carga de modo restrito, mas o órgão responsável pela pesagem manteve-se inerte, omissão que não poderia ser atribuída à Rodosol.

Quanto ao **Posto de Fiscalização**, afirmou que foi construído pela concessionária, mas só operava eventualmente no verão, embora a Administração pudesse utilizá-lo a qualquer momento.

Sobre o **Banco de Dados**, informou que foi criado pela Rodosol, mas competia ao Poder Concedente desenvolver um sistema *on line* para receber as informações, omissão que não poderia ser atribuída à ARSI.

Reforçou que o sistema *on line* contratado pela SECONT (antiga AGE) destinava-se à auditoria, sendo inadequado à atuação da ARSI, que necessitava de um sistema gerencial. Por essa razão, a Agência iniciou os trabalhos para contratar o desenvolvimento do modelo adequado, conforme explicado em Nota Técnica (Anexo 10).

Defendeu que a única competência da ARSI, quanto aos fatos questionados, seria reequilibrar o contrato, ação que demandaria um longo tempo de estudos, podendo ocorrer durante toda a vigência contratual.

Argumentou que não houve omissão quanto ao reequilíbrio contratual, pois seu período de gestão foi reduzido (14/07/2011 a 05/03/2012), os estudos

preliminares foram iniciados, a questão dos reajustes de 2008 e 2009 estava pendente de solução judicial, houve suspensão judicial das revisões contratuais após 09/07/2013 e havia limitações de recursos e de pessoal (o quadro funcional não estava capacitado e os concursados só ingressaram a partir de agosto/2011).

Citado, LUIZ PAULO DE FIGUEIREDO (diretor geral da ARSI) repetiu a defesa de MARIA PAULA DE SOUZA MARTINS, acrescentando que assumiu a gestão em 01/06/2012.

Quanto ao **Posto de Fiscalização**, afirmou que foi mobiliado pela Rodosol e utilizado pelo Batalhão de Trânsito em quase todos os verões.

Destacou que a concessionária realizava reparos e guarnecia o Posto com os equipamentos necessários, gerando um custo menor que a vigilância permanente de um local todo equipado e sem uso.

Alegou que não seria possível afirmar se a situação do Posto de Fiscalização esteve ou não prevista nos Aditivos contratuais de 2002 e 2005.

Esclareceu que o custo da mão de obra de **pesagem** foi incluído nos estudos sobre o reequilíbrio econômico-financeiro, mas que outros itens, como materiais de expediente e equipamentos, dependiam da definição de metodologia para serem quantificados.

Argumentou que o reequilíbrio contratual dependeria do fim da suspensão decretada pela Justiça, do resultado das ações judiciais que discutiam os reajustes de 2008 e 2009, da decisão nos processos 024.090.090.226 e 024.090.107.202 (sobre a fluidez do tráfego) e da solução do impasse acerca do direito aos reflexos decorrentes dos reajustes de 2004 a 2006.

Notificada, a ARSI repetiu a resposta de LUIZ PAULO DE FIGUEIREDO, que, naquele momento, ocupava o cargo de diretor geral da Agência, acrescentando

que a Agência não deveria ser considerada como “entidade fiscalizada”, pois o objeto dos presentes autos limitava-se à concessão pública.

Notificada, a Rodosol argumentou que as obrigações contratuais foram integralmente cumpridas.

Afirmou que a operação do **Posto de Fiscalização** não competia à concessionária, cuja obrigação restringia-se à construção e à manutenção da unidade, deveres que foram cumpridos. Por sua vez, os gastos com materiais diversos, materiais de escritório, limpeza e vigilância não estavam previstos no contrato, razão pela qual não poderiam ser exigidos da Rodosol.

Alegou ter assumido a despesa com a construção e a manutenção de dois outros postos (km 0 e km 13), mesmo sem previsão no contrato.

Quanto aos **Postos de Pesagem**, informou que deveriam ser operados pelo DER e pela Polícia Rodoviária, mas não funcionaram por decisão exclusiva do Poder Concedente, embora a Rodosol procurasse contratar o pessoal necessário para auxiliar na operação.

Ressaltou que a falta de funcionamento dos Postos Móveis prejudicava a concessionária, por aumentar, consideravelmente, o custo provocado pelo desgaste do pavimento.

Afirmou que a comunicação *on line* do **Banco de Dados** dependeria da ARSI e do DER, não sendo obrigação da concessionária.

c) Instrução Técnica Conclusiva

O corpo técnico enfrentou todas as alegações dos responsáveis citados, bem como da ARSI e da Rodosol. A análise das respostas da ARSI e de seus gestores foi realizada em conjunto, diante da semelhança dos argumentos.

Inicialmente, a área técnica destacou que a ARSI figurava como uma 'entidade fiscalizada' nos autos, pois exercia competências legais sujeitas à jurisdição da Corte de Contas, em especial, quanto ao dever de fiscalizar a concessão e de identificar possíveis fatos ensejadores de reequilíbrio em favor do Poder Concedente.

Reiterou que, embora vários serviços operacionais não fossem prestados, a concessionária continuava a ser remunerada por eles, já que seu preço estava embutido na tarifa de pedágio, paga pelo usuário.

A Conclusiva destacou que os serviços e investimentos não realizados deveriam ser considerados como fatores de desequilíbrio contratual, ensejando a revisão da equação econômico-financeira da concessão.

A área técnica concluiu que os gestores do DER e da ARSI omitiram-se nos deveres de identificar os fatores de desequilíbrio e de providenciar a revisão contratual, quanto a:

- Manutenção e instalação de equipamentos do Posto Geral de Fiscalização;
- Apoio e infraestrutura para a Fiscalização de veículos e de condutores;
- Operação dos Postos Móveis de Pesagem.

A Conclusiva não atribuiu responsabilidades à Rodosol quanto à inexecução parcial dos serviços e investimentos operacionais, reforçando que a concessionária foi notificada apenas sobre a possibilidade de alteração contratual.

Quanto ao **Banco de Dados**, a área técnica concluiu que, apesar do insucesso das tentativas, os responsáveis citados comprovaram ter adotado medidas para o implemento da comunicação *on line*, razão pela qual o indicativo de omissão foi afastado.

Segundo o corpo técnico, a Rodosol afirmou ter cumprido todas as obrigações contratuais, mas, no âmbito das atividades vinculadas ao **Posto Geral de Fiscalização** e ao **Apoio e Infraestrutura para a Fiscalização de veículos e de condutores**, deixou de executar serviços e de instalar instrumentos previstos no PER, a saber:

- serviços de limpeza e segurança patrimonial;
- material de escritório e afins;
- decodificadores de placas veiculares;
- equipamentos de comunicação com o banco de dados do DETRAN e da Secretaria da Fazenda;
- baias de inspeção do sistema de segurança veicular e de emissão de poluentes;
- instrumentos para avaliação das condições físicas e psicológicas dos motoristas.

Por sua vez, a área técnica observou que a baixa utilização do **Posto de Fiscalização**, admitida pelos citados e notificados, garantia uma economia de despesas para a concessionária, que deveria ter ensejado a revisão do contrato.

Acerca da ausência de instalação de equipamentos, relacionados à função de **Apoio e Infraestrutura para a Fiscalização de veículos e de condutores**, a área técnica observou que os responsáveis citados não se manifestaram, fazendo presumir sua omissão em exigir a execução do PER e em reequilibrar o contrato.

Quanto aos **Postos de Pesagem**, a área técnica concluiu que os responsáveis citados omitiram-se no dever de revisar o contrato, pois, apesar de instaladas, as balanças móveis não foram utilizadas.

Embora a restrição ao tráfego de veículos pesados tenha tornado desnecessária a prestação do serviço, a Rodosol comprovou a contratação de 03 (três) funcionários para auxiliar na pesagem veicular, entre 1999 e 2004.

Entretanto, segundo a área técnica, a despesa com a mão de obra destinada à operação dos Postos Móveis permaneceu embutida na tarifa mesmo após 2004.

Desse modo, embora os citados e notificados tivessem admitido que o serviço de pesagem não estava sendo integralmente executado, todas as despesas a ele vinculadas continuavam a compor a tarifa de pedágio.

O corpo técnico posicionou-se pela manutenção do Achado de Auditoria, propondo os seguintes encaminhamentos:

⇒ Decretar a prescrição para JORGE HÉLIO LEAL, SÍLVIO RAMOS e LÚCIA VILARINHO;

⇒ Com fundamento no art. 135, inciso II, da Lei Orgânica, aplicar Multa de 3 mil a 100 mil reais a EDUARDO ANTÔNIO MANNATO GIMENES (ex-diretor geral do DER), JOSÉ EDUARDO PEREIRA, MARIA PAULA DE SOUZA MARTINS e LUIZ PAULO DE FIGUEIREDO (diretores gerais da ARSI), quanto à omissão em relação à necessária alteração contratual, decorrente da falta de operação do **Posto de Fiscalização** e dos **Postos Móveis de Pesagem**, bem como da inexistência de **Banco de Dados**;

⇒ Assinar 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);

⇒ Determine que a concessionária instale todos os equipamentos previstos no PER;

⇒ Considerar, na avaliação ou no reequilíbrio econômico-financeiro, os serviços previstos no PER, cuja instituição seja tida como impossível pela ARSI, motivadamente;

⇒ Se a proposta de nulidade contratual for acolhida (em razão dos outros Achados narrados na Conclusiva), assinar prazo para que a ARSI promova a avaliação econômico-financeira do Contrato, considerando, como evento de desequilíbrio, 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;

⇒ Se a proposta de nulidade contratual for rejeitada, assinar prazo para que a ARSI promova o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, considerando, como evento de desequilíbrio, os efeitos financeiros decorrentes da não operação Posto de Fiscalização e dos Postos Móveis de Pesagem, bem como da inexistência de Banco de Dados;

⇒ Monitorar a decisão.

O **Ministério Público de Contas**, no Parecer n. 4365/2015, da lavra do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, acompanhou a área técnica.

d) Voto

A área técnica constatou a inexecução, ainda que parcial, de Investimentos e Serviços Operacionais previstos no Programa de Exploração de Rodovias (PER), cuja despesa estava embutida na tarifa de pedágio.

Observo que todos os serviços e investimentos questionados pelo setor técnico estavam previstos no PER.

Na cláusula 1.1.1 do Volume IV do PER⁴⁵, foram descritas as funções operacionais a cargo da concessionária, dentre as quais se destacam:

⁴⁵ **1.1.1) SERVIÇOS CORRESPONDENTES ÀS FUNÇÕES DE OPERAÇÃO**

Os Serviços Correspondentes às Funções de Operação do SISTEMA RODOVIA DO SOL serão desenvolvidos na Ponte Castello de Mendonça e sua Praça de Pedágio, em toda a extensão da

- Operação dos postos móveis de pesagem, incluindo a pesagem propriamente dita;
- Atividade de suporte para a fiscalização de trânsito e para autuação de infratores;
- Apoio operacional à prestação de serviço público na pista ou na faixa de domínio;
- Coordenação operacional dos eventos e atividades envolvendo outras entidades, tais como, Polícia Civil e Militar, Bombeiros, etc.

No item 1.2, o PER registrou os conceitos, características, modalidades e níveis de serviço de cada função operacional, a saber (f. 4.024):

1. Operação do **Sistema de Pedágio**: conceitos, especificações, modalidades e níveis de serviço da Arrecadação;

2. Operação do **Sistema de Fiscalização de Trânsito e de Transporte**: conceitos, especificações e níveis de serviço relativos ao Posto de

Rodovia e sua Praça de Pedágio, em toda a extensão da Rodovia do Sol (...), excluindo-se o trecho urbano da cidade de Vila Velha (...), e abrangerão as atividades descritas a seguir:

- a)** operação das Praças de Pedágio, incluindo a arrecadação da tarifa, o controle de tráfego de veículos e o controle financeiro e contábil dos valores arrecadados;
- b)** operação dos postos móveis de pesagem de veículos, incluindo a pesagem propriamente dita;
- c)** atividades de suporte para a fiscalização de trânsito e para autuação de infratores;
- d)** atendimento das recomendações da auditoria de segurança estabelecida pelo PODER CONCEDENTE;
- e)** prestação de serviços de apoio aos usuários, incluindo, entre outros: primeiros socorros às vítimas de acidentes de trânsito, com eventual remoção a hospitais, guinchamento, desobstrução de pista e orientação e informação aos usuários;
- f)** inspeção de pista e da faixa de domínio, sinalização comum e de emergência e apoio operacional aos demais serviços;
- g)** elaboração e implantação de esquemas operacionais extraordinários, incluindo operações especiais para atendimento de pico, desvios de tráfego para a execução de obras, operações especiais para o transporte de cargas excepcionais e cargas perigosas e esquemas especiais para eventos esportivos e outros, no SISTEMA RODOVIA DO SOL;
- h)** elaboração e implantação de planos e esquemas operacionais para atendimento a situações de emergência, tais como, acidentes com produtos perigosos, desabamentos, inundações e outros que possam afetar diretamente a fluidez e a segurança do tráfego ou venham a provocar conseqüências ambientais;
- i)** apoio à prestação de serviço público na pista ou na faixa de domínio;
- j)** monitoração das condições de tráfego;
- k)** coordenação operacional dos eventos e atividades envolvendo outras entidades, tais como, Polícia Civil e Militar, Bombeiros, Órgãos do Meio Ambiente, Órgãos Federais, Estaduais e municipais, no SISTEMA RODOVIA DO SOL, sempre que a situação exigir.

Fiscalização (PF), ao Sistema de Pesagem Móvel de Veículos e ao Sistema de Controle de Velocidade;

3. Operação do **Sistema de Segurança e Conforto dos Usuários**: conceitos, especificações e níveis de serviço atrelados à Segurança dos Usuários, ao Sistema de Atendimento aos Usuários, à Monitoração e Controle do Tráfego, ao Centro de Controle de Operações (CCO), ao Sistema de Telecomunicações e ao Atendimento Provisório;

4. **Fiscalização e Auditoria**: atividades referentes ao Sistema de Informações, ao Sistema de Gestão de Qualidade, à Fiscalização e Controle de Emissão de Ruídos, à Estrutura Organizacional e ao Manual de Operações.

No âmbito do **Sistema de Segurança e Conforto dos Usuários** e da **Fiscalização e Auditoria**, o PER determinou que a concessionária deveria implementar um Centro de Controle de Operações (CCO), a ser operado por pessoal qualificado, para o controle de informações sobre pedágio, pesagem, ocorrências de trânsito e conservação da rodovia.

Os bancos de dados do CCO deveriam ficar disponíveis para a fiscalização do Poder Concedente e servirem para alimentar, *on line*, o sistema de informações do Estado (f. 4.040)⁴⁶.

⁴⁶ **1.2.3. OPERAÇÃO DO SISTEMA DE SEGURANÇA E CONFORTO DOS USUÁRIOS**

c) Especificações e Níveis de Serviço

c.3) Centro de Controle de Operações (CCO) e Sistema de Telecomunicações

O Centro de Controle de Operações (CCO) do SISTEMA RODOVIA DO SOL deverá coordenar e controlar todas as funções operacionais, durante 24 horas por dia, todos os dias do ano, de um sistema de telecomunicações, que inclui as redes de telecomunicação fixas e móveis, instaladas nos postos fixos da rodovia (postos de pedágio, postos de fiscalização e demais bases operacionais) e nas unidades móveis dos diversos serviços.

.....

O CCO deverá ser operado por pessoal qualificado e 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.

1.2.4. FISCALIZAÇÃO E AUDITORIA

Segundo a área técnica, o Banco de Dados foi implementado pela concessionária. Entretanto, o Poder Concedente não implementou um sistema de informações para a comunicação *on line* com o Centro de Controle de Operações.

Considerando que, mesmo sem sucesso, os gestores do DER e da ARSI adotaram medidas para garantir a comunicação *on line* com o Banco de Dados da Rodosol, a área técnica concluiu que o indicativo de omissão deveria ser afastado. Senão vejamos:

- Quanto a EDUARDO ANTÔNIO MANNATO GIMENES, assim se manifestou a área técnica (f. 25.041):

O PODER CONCEDENTE exercerá a fiscalização dos serviços correspondentes às funções operacionais, mediante ações de campo, visando verificar a conformidade dos serviços com os padrões mínimos exigidos, assim como, através de auditorias específicas, regulares ou extraordinárias, no sentido de apurar eventuais irregularidades detectadas pela fiscalização.

a) Sistema de Informações

A fim de permitir os processos de fiscalização e auditoria, a CONCESSIONÁRIA deverá implantar um sistema de informações, consubstanciado em demonstrativos e/ou relatórios que permitam o acompanhamento, pelo PODER CONCEDENTE, dos dados referentes a todos os serviços correspondentes às funções operacionais.

O sistema de informações deverá contemplar acesso a informações diárias, semanais, mensais e anuais, observando a seguinte sistemática:

1) Informações diárias e semanais: A CONCESSIONÁRIA deverá manter à disposição da entidade fiscalizadora, banco de dados com informações compreendendo, mas não restritas a:

- Volume de tráfego horário, registrado nos pedágios, ordenado por classes de veículos;
- número de cabinas em operação, durante os turnos;
- resultados diários da arrecadação, por cabina operante;
- número de pesagens, ordenada por classe de veículos e por excesso de peso;
- número de autos de infração e valores diários das autuações;
- número de eventos de atendimento aos usuários, ordenados por tipos de evento, segundo os serviços envolvidos;
- indicações dos intervalos de tempo de atendimento de cada serviço envolvido nos eventos, de modo a permitir sua tabulação;
- mapeamento de todos os acidentes ocorridos no sistema viário, com indicações sobre a sua natureza;
- resumo das principais ocorrências de tráfego no sistema viário.

.....
3) Banco de dados do CCO: A CONCESSIONÁRIA deverá manter à disposição do PODER CONCEDENTE, a qualquer tempo, todos os dados e informações operacionais disponíveis, através do banco de dados do CCO, inclusive as referentes a pedágio, pesagem, ocorrências de trânsito e conservação rodoviária, para fins de fiscalização e auditoria.

“Da análise documental, percebe-se que realmente em 2005 as medidas para a integração do banco de dados estavam sendo tomadas, o que exclui a responsabilidade do defendente quanto a omissão relativa ao banco de dados.”

- Quanto a JOSÉ EDUARDO PEREIRA, MARIA PAULA DE SOUZA MARTINS e LUIZ PAULO DE FIGUEIREDO, assim se manifestou a área técnica (f. 25.042 e 25.044):

“A manifestação da Arsi e as defesas apresentadas pelo seu atual Diretor (Sr. Luiz Paulo de Figueiredo) e ex-Diretores (Srs. José Eduardo Pereira e Maria Paula de Souza Martins) são bastante semelhantes, sendo resumidas em conjunto:

(...)

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 22/2/2011, conforme documento de fls. 15.479, vol. LXIX, tendo sido a transferência concluída apenas em 8/8/2011 (fls. 15.524, vol. LXIX).”

Por esse motivo, a análise conclusiva afastou o indicativo de irregularidade, embora, por equívoco, tenha mencionado o fato como irregular, na sua proposta de encaminhamento (f. 25.051).

Tendo em vista que os gestores do DER e da ARSI adotaram medidas para garantir a comunicação *on line* com o **Banco de Dados** da concessionária, acompanho o entendimento técnico, para afastar o Achado de Auditoria, nesse ponto.

Por sua vez, observo que, na descrição do **Sistema de Fiscalização de Trânsito e de Transporte** (f. 4.029), o PER atribuiu a atividade fiscalizadora ao Poder Concedente, mas obrigou a concessionária a executar os trabalhos de suporte à fiscalização, em especial, quanto a:

- Pesagem de veículos nos postos móveis;

- Construção e administração do Posto de Fiscalização na Praça da Praia do Sol, bem como sua operação em conjunto com o Concedente (f. 4.030).

Relativamente ao **Posto Geral de Fiscalização**, além da construção, caberia à concessionária fornecer apoio e infraestrutura, compreendendo a limpeza, segurança patrimonial, material de escritório, equipamentos de apoio e demais instrumentos necessários à atividade⁴⁷.

Ainda no âmbito do Sistema de Fiscalização de Trânsito e de Transporte, a Rodosol deveria instalar vários equipamentos necessários à execução das atividades do Poder Concedente, inseridas na função de **Apoio e Infraestrutura para a Fiscalização de veículos e de condutores**⁴⁸, a saber:

⁴⁷ 1.2.2 OPERAÇÃO DOS SISTEMA DE FISCALIZAÇÃO DE TRÂNSITO E TRANSPORTE

b) Especificações e Níveis de Serviços

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

A CONCESSIONÁRIA deverá fornecer apoio e infra-estrutura para o desenvolvimento das atividades acima mencionadas, compreendendo, serviço de limpeza, segurança patrimonial, material de escritório, equipamentos de apoio e demais instrumentos necessários ao desempenho dessas atividades.

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.

⁴⁸ 1.2.2 OPERAÇÃO DOS SISTEMA DE FISCALIZAÇÃO DE TRÂNSITO E TRANSPORTE

b) Especificações e Níveis de Serviços

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

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.

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

- Decodificadores, para a leitura das placas veiculares;
- Terminais de vídeo nos Módulos do Posto de Fiscalização;
- Painel de mensagens para aviso aos condutores;
- Defensas para evitar a fuga de veículos;
- Equipamentos de comunicação e acesso aos bancos de dados do DETRAN e do DENATRAN, no Módulo de Policiamento;
- Equipamentos e instrumentos de verificação dos sistemas de segurança veicular e de emissão de poluentes, no Módulo de Fiscalização;
- Equipamento de comunicação para acesso ao banco de dados da Secretaria da Fazenda, no Módulo de ICMS;
- Equipamentos, mobiliário e instrumentos para a avaliação das condições físicas e psicológicas dos motoristas.

De acordo com a análise técnica e as respostas dos citados e notificados, restou evidenciado que, por vontade da própria Administração, o uso do Posto Geral de Fiscalização era esporádico.

Entendo que a pouca utilização do Posto Geral faz presumir uma redução da necessidade dos serviços de apoio e infraestrutura, bem como dos dispêndios correspondentes. Além disso, não ficou comprovada a instalação dos equipamentos exigidos pelo PER, como os decodificadores, que não foram localizados pela equipe de auditoria.

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.

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.

Mostra-se relevante que o Poder Concedente quantifique o impacto da baixa utilização do Posto de Fiscalização sobre a demanda de serviços de apoio e infraestrutura, como limpeza, segurança patrimonial e fornecimento de materiais, inserindo a economia de despesa como um evento de desequilíbrio, para fins de avaliação econômico-financeira da concessão.

Diante do tempo decorrido de execução contratual, também se torna necessário que o Concedente verifique se persiste a necessidade de instalação dos equipamentos exigidos no PER e, caso contrário, avalie o efeito financeiro do descumprimento da obrigação, incluindo-o como um fator de desequilíbrio contratual.

Em relação aos **Postos Móveis de Pesagem**, o PER⁴⁹ determinou que competiria, à concessionária, a instalação dos equipamentos e a operação do sistema, cabendo, ao Poder Concedente, a fiscalização documental e a lavratura dos autos de infração.

De acordo com a área técnica e com as respostas à citação e notificação, os equipamentos foram instalados, mas o serviço de pesagem nunca foi executado, embora a Rodosol empregasse 03 (três), funcionários até 2004, destinados à realização da atividade.

Os autos não esclarecem os motivos da inexecução do serviço, mas a respostas dos gestores informam que a pesagem na rodovia se mostrava desnecessária, pois existia uma restrição legal⁵⁰ ao tráfego de veículos pesados.

49 1.2.2 OPERAÇÃO DOS SISTEMA DE FISCALIZAÇÃO DE TRÂNSITO E TRANSPORTE

b) Especificações e Níveis de Serviços

b.2) Descrição e Especificação do Sistema de Pesagem de Veículos

Será de responsabilidade da CONCESSIONÁRIA a operação dos postos móveis de pesagem, compreendendo o controle de entrada e saída de veículos na área de pesagem e a operação de pesagem propriamente dita, executada pelo operador. O exame da documentação, seguido de eventuais emissões de autos de infração serão de responsabilidade de agentes do PODER CONCEDENTE, operando no posto, em conjunto com o pessoal da CONCESSIONÁRIA.

⁵⁰ **Lei Estadual n. 4.463/1990:**

Observo que a inexecução parcial do serviço de pesagem importa na redução dos encargos da concessionária, a quem competia a operação das balanças móveis. Nesse ínterim, caberá ao Poder Concedente apurar a economia de despesa obtida, inserindo-a como um evento de desequilíbrio contratual.

O presente Achado de Auditoria revela que parte dos investimentos e serviços operacionais não foi realizada, embora sua despesa estivesse embutida na tarifa de pedágio, permitindo que a concessionária fosse remunerada por atividades não executadas, a saber:

- * Serviços operacionais relacionados ao Posto de Fiscalização, como como limpeza, segurança patrimonial, material de escritório e equipamentos de apoio;
- * Instalação de equipamentos relacionados à atividade de Fiscalização de veículos e de condutores, como decodificadores de placas veiculares, equipamento de comunicação com o banco de dados do DETRAN e da Secretaria da Fazenda, equipamento de verificação do sistema de segurança veicular e de emissão de poluentes, bem como equipamento para avaliação das condições físicas e psicológicas dos motoristas;
- * Serviços operacionais relacionados aos Postos de Pesagem.

Além disso, o Poder Concedente não implementou o sistema de comunicação *on line* com o Banco de Dados da concessionária, apesar de exigido no PER.

Art. 1º - Fica proibido o tráfego de qualquer tipo de veículo automotor de carga com mais de 02 (dois) eixos ou com peso bruto total acima de 15 (quinze) toneladas, em toda a extensão da Rodovia do Sol-ES.

Lei Estadual n. 9.602/2010:

Art. 1º - Fica revogada a Lei nº 4.463, de 14.11.1990.

Art. 2º - Permanece proibido o tráfego de qualquer tipo de veículo automotor de carga com mais de 02 (dois) eixos ou com peso bruto total acima de 15 (quinze) toneladas em toda a extensão da Ponte Darcy castelo de Mendonça.

Diante da inexecução de serviços e investimentos operacionais, os gestores do DER e da ARSI deveriam ter verificado a modificação das condições de sua prestação, providenciando o cumprimento integral do contrato ou, no caso de impossibilidade ou desnecessidade do serviço, promovendo a alteração contratual com o correspondente reequilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Segundo a área técnica, o presente Achado de Auditoria busca apurar a responsabilidade dos diretores gerais do DER e da ARSI pela omissão em promover a alteração do contrato e o correspondente reequilíbrio econômico-financeiro.

Observo, entretanto, que todos os gestores adotaram providências para o reequilíbrio contratual, razão pela qual afasto a imputação de multa por omissão.

Entendo, ainda, que compete à ARSP (antiga ARSI) verificar a execução de todos os Investimentos e Serviços Operacionais descritos 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.

Quanto aos serviços e investimentos não realizados, cuja execução seja necessária e possível, a Agência deverá cumprir a obrigação, como no caso da comunicação *on line* com o Banco de Dados, ou determinar o cumprimento pela concessionária.

Constatadas a impossibilidade ou a desnecessidade de execução dos serviços operacionais questionados, seja em razão da extinção do contrato, recusa ou omissão da concessionária ou outro fator, caberá à ARSP apurar a despesa não realizada, incluindo o montante como um evento de desequilíbrio contratual.

Nesses termos, acompanho, em parte, a análise conclusiva dos fatos e adoto as seguintes propostas, com acréscimos:

- * Declarar a prescrição da pretensão punitiva para JORGE HÉLIO LEAL, SÍLVIO RAMOS e LÚCIA VILARINHO;
- * Manter o Achado de Auditoria;
- * Deixar de imputar multa pecuniária a EDUARDO ANTÔNIO MANNATO GIMENES, JOSÉ EDUARDO PEREIRA, MARIA PAULA DE SOUZA MARTINS e LUIZ PAULO DE FIGUEIREDO;
- * Determinar, à ARSP, que fiscalize a 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;
- * Determinar, à ARSP, que implemente os 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 exija o imediato cumprimento pela concessionária, se for o caso;
- * Considerar, como um evento de desequilíbrio contratual, o valor dos Investimentos e Serviços não executados, que, por qualquer motivo, não puderem ser cumpridos.

II.12. Fiscalização deficiente do Poder Concedente (item 2.13 do Relatório de Auditoria e 3.12 da Instrução Técnica Conclusiva)

a) Relatório de Auditoria

A equipe de auditoria relatou que, segundo o art. 29, incisos I e VI, da Lei 8.987/1995⁵¹, o Poder Concedente deveria fiscalizar permanentemente o serviço público concedido.

Nesse sentido, a cláusula XXIII do Contrato n. 1/1998⁵² determinou que a fiscalização da concessão seria exercida pelo DER. Posteriormente, o dever de fiscalizar foi transferido para a ARSI, por força do 3º Aditivo Contratual⁵³, assinado em 16 de novembro de 2009.

⁵¹ **Art. 29.** Incumbe ao poder concedente:

I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;

VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

⁵² **CLÁUSULA XXIII**

Dos Direitos e das Obrigações do DER/ES

Incumbe ao DER/ES:

a) fiscalizar, permanentemente, a exploração do SISTEMA RODOVIA DO SOL;

⁵³ **CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO**

O objeto do presente instrumento é formalizar a sub-rogação das obrigações contratuais firmadas entre o DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - DER-ES e a CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S/A - RODOSOL, para a AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO BÁSICO E INFRAESTRUTURA VIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO - ARSI, no que lhe couber, em razão dos termos da Lei Complementar nº 477, de 29 de dezembro de 2008, publicada em 30 de dezembro de 2008, além do disposto no Decreto nº 2.319-R, de 04 de agosto de 2009, publicado em 05 de agosto de 2009.

Parágrafo Único

No que se refere à Lei Complementar citada no *caput* desta Cláusula, trata-se em especial o Art. 4º, que atribui à ARSI a competência para regular, controlar e fiscalizar, no âmbito deste Estado, os serviços estaduais de infraestrutura viária com pedágio.

CLÁUSULA SEGUNDA – DA SUB-ROGAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES E DIREITOS

Ficam sub-rogadas integralmente para a ARSI as obrigações e direitos dispostos nas letras “a”, “b”, “c”, “d”, “e”, “f”, “g”, “h”, “j”, “l”, “m”, e “p” da Cláusula XXIII do Contrato de Concessão de Serviço Público nº 001/98.

No entanto, a equipe de auditoria observou que, em alguns casos, a fiscalização realizada pela ARSI foi deficiente, pois se baseou apenas nos relatórios produzidos pela própria Rodosol.

Segundo o corpo técnico, a ausência de levantamentos elaborados pela Agência contrariou o § 1º do art. 67 da Lei 8.666/1993⁵⁴, cuja redação determinava que o fiscal do contrato deveria apurar, por si próprio, as informações necessárias para subsidiar a análise da adequação do serviço contratado, não podendo se basear somente nos dados fornecidos pelo fiscalizado.

Nesse contexto, a equipe do TCEES verificou que a ARSI não realizou análises próprias sobre a adequação das funções operacionais exercidas pela concessionária, em especial, quanto a:

- Sistema de arrecadação;
- Intervalo de tempo necessário à operação manual ou automática de cobrança da tarifa (tempo de cobrança);
- Intervalo de tempo decorrido entre a chegada de um veículo à praça de pedágio e o seu posicionamento junto à cabina de cobrança (tempo de espera na fila);
- Confiabilidade do sistema de contagem de fluxo e arrecadação das praças de pedágio;
- Fluidez do tráfego em todos os trechos da Rodovia do Sol.

A equipe técnica relatou, por exemplo, que o Sistema Integrado de Controle e Arrecadação de Tarifas (SICAT), adotado pela Rodosol, foi avaliado pela ARSI, conforme consta do Ofício n. 204/2013 (f. 11.356).

⁵⁴ **Art. 67.** A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

No documento, a Agência atestou que o SICAT cumpria todas as premissas para o desenvolvimento do projeto, descritas no Programa de Exploração de Rodovias (PER). Também assegurou que o tempo de cobrança da tarifa atendia aos limites fixados no Contrato.

Entretanto, o setor técnico observou que a conclusão da ARSI não foi justificada por levantamentos, estudos, análises e testes independentes, baseando-se, somente, nos relatórios emitidos pela Rodosol.

Da mesma forma, segundo a equipe de auditoria, a ARSI avaliou o tempo de espera na fila apenas com base nos documentos da concessionária e, quanto à fluidez do tráfego, não havia resultados conclusivos sobre a quantidade de horas por ano em cada nível.

Por sua vez, o Sistema de Informação da concessionária, que registrava o fluxo de veículos e a arrecadação tarifária, foi objeto de análise pela Comissão Parlamentar de Inquérito da Assembleia Legislativa, denominada CPI da Rodosol.

Em 2004, no âmbito da CPI, foi realizada uma Auditoria de Segurança, cujo relatório final apontou as seguintes deficiências, destacadas pela equipe do TCEES:

- Bases de dados diferentes para controle direto do movimento real e para gerar relatórios, sendo ambas atualizadas com informações diversas;
- Programa informatizado que gerava relatórios incompletos: alguns sistemas possuíam a tecla 'modo fiscalização', fornecendo relatórios parciais;
- 'Contabilidade de caderno' ou 'paralela' nos terminais: alguns pontos de arrecadação eram mantidos *off line*, figurando como desligados, embora estivessem em funcionamento, sendo a arrecadação controlada fora do sistema informatizado, por meio de

leitura local dos dados, anotações em papel ou *notebook*. Desse modo, apenas parte da arrecadação era registrada na Central de Controle;

- Sistema 'maquiado' com meses de atraso, gerando relatórios 'maquiados' nos meses anteriores;
- Sistema de baixa segurança, com chaves fracas, portas de entrada e outros mecanismos que permitiam a alteração direta do banco de dados.

A Auditoria de Segurança concluiu que as deficiências relatadas não constituíam prova inequívoca de fraude, mas recomendou a adoção de medidas de segurança, medições independentes e relatórios operacionais contínuos, a fim de permitir a verificação direta da validade dos dados de arrecadação.

A equipe do TCEES acrescentou que, nos autos do **processo TC n. 4.574/2009**, foram constatadas deficiências no controle efetuado pelo DER, uma vez que os dados estatísticos sobre o fluxo de veículos foram elaborados somente pela concessionária (f. 10.473).

Segundo a equipe técnica, uma Inspeção realizada, em 2004, pela empresa Módulo *Security*, contratada pela Auditoria Geral do Estado (AGE), também apurou falhas no sistema de arrecadação da Rodosol (f. 588), a saber:

- O sistema era suscetível a fraudes e adulterações, pois o *login* e a senha de acesso eram de domínio amplo;
- Havia divergências sutis nos dados, que indicavam a possibilidade de adulteração pela equipe da concessionária;
- O banco de dados possuía duplicidade de informações, já que havia duas tabelas com o fluxo de veículos, sendo que uma delas continha um volume 40% menor que a outra. Apesar disso, a contagem manual de veículos não revelou fraudes. Esse problema se repetia desde a inspeção anterior.

Segundo a AGE, as inconsistências e discrepâncias apuradas não comprovaram diretamente uma fraude na arrecadação das praças de pedágio.

Objetivando verificar o fluxo de veículos e confrontar os resultados com os dados fornecidos pela concessionária, a Auditoria Geral Estado contratou a empresa Módulo *Security Solutions*, em 2005, para o desenvolvimento e implantação do Sistema de Monitoramento e Controle (SMC).

A equipe do TCEES requereu os relatórios gerados pelo SMC, mas a SECONT (antiga AGE) não os forneceu.

O setor técnico ainda relatou que o SMC foi disponibilizado para a ARSI, mas o sistema foi considerado ineficaz, por apresentar erros e inconsistências. Em 2012, a Rodosol atualizou o SICAT, tornando-o incompatível com o SMC. Diante disso, a solução foi considerada inadequada às necessidades da ARSI (f. 13.425).

A equipe do TCEES concluiu que a concessionária dispunha de um sistema de registro e armazenamento dos dados exigidos pelo Programa de Exploração de Rodovias (PER).

Entretanto, os órgãos responsáveis pela fiscalização do Contrato (DER, ARSI e AGE / SECONT) não verificavam a confiabilidade do sistema da Rodosol, mesmo após a constatação de falhas de integridade e de segurança por auditorias independentes.

Em relação à Fluidez do Tráfego, a equipe de auditoria relatou que não foram apresentados estudos conclusivos sobre o nível de serviço ao longo da Rodovia, sendo que a ARSI informou que buscava contratar uma empresa especializada para a contagem de tráfego em pontos estratégicos, conforme consta do Ofício n. 204/2013 (f. 11.356).

Analisando a Nota Técnica n. 6/2011 (f. 13.438), emitida pela ARSI, a equipe do TCEES constatou que, no trecho da praça de pedágio da Praia do Sol, o fluxo de veículos estava abaixo da capacidade. No entanto, os demais trechos da Rodovia do Sol não puderam ser avaliados.

A equipe de auditoria concluiu que os diretores gerais da ARSI omitiram-se no dever de fiscalizar a adequação das funções operacionais exercidas pela Rodosol, por meio de estudos independentes.

b) Respostas à citação e à notificação

Houve a Citação dos diretores gerais da ARSI, JOSÉ EDUARDO PEREIRA, MARIA PAULA DE SOUZA MARTINS e LUIZ PAULO DE FIGUEIREDO.

A ARSI foi notificada para prestar esclarecimentos.

Citado, JOSÉ EDUARDO PEREIRA (ex-diretor geral da ARSI) justificou que, desde a criação da Agência, houve um esforço para reunir e analisar a documentação sobre o Contrato n. 1/1998, mas a iniciativa foi prejudicada pela falta de pessoal. Destacou que apenas um servidor atuava no setor de infraestrutura viária.

Afirmou que, naquele momento, as análises realizadas não apontaram distorções relevantes na concessão.

A ARSI também se empenhou em cumprir as Recomendações do TCEES (Anexo 10) e em fiscalizar o contrato, conforme atestavam os Relatórios de Vistoria e o Relatório de Regulação e Fiscalização (Anexo 12).

Além disso, adotou providências para a contratação de uma empresa de apoio à fiscalização (Anexo 13), conforme planejamento da ARSI (Anexo 8), e para a assinatura de convênios com o DER e a Agência Reguladora de Transportes do Estado de São Paulo / ARTESP (Anexos 6 e 14).

Defendeu que não se omitiu, pois buscou sanar as deficiências da fiscalização, cujas ações estavam em curso e constavam do planejamento da ARSI, mas não puderam ser totalmente concluídas durante sua gestão.

Citada, MARIA PAULA DE SOUZA MARTINS (ex-diretora geral da ARSI) alegou que houve um esforço para reunir e analisar a documentação sobre o Contrato n. 1/1998, mas a iniciativa foi prejudicada pela falta de pessoal.

Acrescentou que os relatórios do TCEES, da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e da AGE não apontavam irregularidades na concessão, motivo pelo qual se tornava desnecessário envidar esforços em objeto que se mostrava regular.

Buscou contratar uma empresa de apoio à fiscalização, o que foi rejeitado pela assessoria jurídica, por burla ao concurso público, já que se tratava da atividade-fim da Agência (Anexo 1). Diante disso, a gestora precisou optar entre responder ao Ministério Público, por burla ao concurso, ou responder ao TCEES, por falha na fiscalização, uma vez que as deficiências realmente existiam.

Argumentou que as notícias, atas de reunião e relatórios demonstraram que a Agência fiscalizou o contrato (Anexos 8, 11 e 13). Afirmou que a falta de pessoal impediu a realização de estudos independentes. Mesmo assim, a ARSI propôs adequações à concessionária, conforme Nota Técnica GRI 66/2011 (Anexo 12).

Destacou que, diante da falta de pessoal e de recursos, o TCU, no Acórdão 1.043/2014, reconheceu uma deficiência na atuação da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), mas não considerou o fato como desídia da Administração.

Quanto à fiscalização da fluidez do tráfego na Terceira Ponte, defendeu que a ARSI não era competente para tal, já que não existia parâmetro de adequação do serviço, mostrando-se desnecessário o controle do tempo de cobrança da tarifa e do tempo de chegada ou de saída da Praça.

Quanto à fiscalização da fluidez do tráfego na Praia do Sol, afirmou que o fluxo foi superdimensionado e, efetivamente, era inferior ao pactuado, o que dispensava o controle.

Sobre a fiscalização do sistema de arrecadação, afirmou que a defesa da matéria foi realizada no tópico anterior (item 2.12 do Relatório de Auditoria). Naquele item, a defendente alegou ter adotado providências para implementar a comunicação *on line* com o banco de dados da concessionária, como a tentativa de obter o sistema usado pela SECONT e o procedimento de contratação de empresa para desenvolver um sistema.

Destacou que outras fiscalizações foram realizadas, com a aplicação dos recursos disponíveis para as inspeções necessárias, como passarelas, asfalto, sinalização, integridade da ponte, retrorreflexidade, atendimento ao usuário, etc.

Reforçou que não houve omissão, tendo praticado os atos possíveis, com respeito aos princípios constitucionais. Houve uma efetiva fiscalização da Rodovia, com a recuperação de passarelas e da sinalização.

Citado, LUIZ PAULO DE FIGUEIREDO (à época, diretor geral da ARSI) repetiu a defesa de MARIA PAULA DE SOUZA MARTINS, acrescentando que fiscalizou outros aspectos da concessão, obtendo a reinstalação dos abrigos de ônibus, asfaltamento, recuperação de ruas e trechos, etc.

Destacou ser necessária a contratação de uma empresa, com o objetivo de verificar se o fluxo na Rodovia do Sol está sendo ultrapassado nos meses de dezembro e janeiro, procedimento que, segundo o gestor, estaria em execução.

Afirmou que a ARSI cumprirá eventual determinação do Tribunal para elaborar um Plano de Ação, no prazo de 90 dias. Entretanto, a fiscalização e suas conclusões demandariam maior tempo, inclusive frente à necessidade de contratação de uma consultoria especializada.

Reforçou que a Agência não detinha competência para a extinção do Contrato e que não deveria ser considerada como “entidade fiscalizada”, pois o objeto dos autos limitava-se à concessão pública.

Notificada, a ARSI repetiu a defesa de LUIZ PAULO DE FIGUEIREDO, então diretor geral da Agência.

c) Instrução Técnica Conclusiva

O corpo técnico enfrentou todas as alegações dos responsáveis citados e da ARSI, reiterando que a fiscalização era deficiente, pois se baseava apenas nos dados fornecidos pela concessionária, sem a sua validação.

O corpo técnico concluiu que a carência de recursos humanos e materiais, bem como a ausência de irregularidades nas fiscalizações realizadas por outros órgãos, não seriam capazes de afastar o dever legal de fiscalização, atribuído à ARSI. Destacou que a checagem dos dados fornecidos pela Rodosol constituía uma etapa essencial aos trabalhos da Agência.

Quanto ao **Sistema de Arrecadação**, o setor técnico relatou que a matéria também foi analisada no item 3.11 da Conclusiva. Naquele tópico, a área técnica constatou que os gestores da ARSI adotaram providências para implementar a comunicação *on line* com o banco de dados da Rodosol.

Entretanto, a análise conclusiva do presente tópico destacou que os responsáveis citados não demonstraram a existência de instrumentos de verificação das informações geradas pelo Sistema de Arrecadação da concessionária.

Em razão disso, o corpo técnico concluiu que as deficiências não foram sanadas, em especial, quanto à falta de verificação da confiabilidade e da integridade dos dados e quanto à fragilidade da segurança do Sistema de Arrecadação.

Quanto à **Fluidez do Tráfego** na Terceira Ponte, a área técnica refutou a alegação de que o dever de fiscalização restaria afastado diante da existência de pendências judicial ou da excludente do nível de serviço.

A análise técnica concluiu que a ARSI continuava obrigada a fiscalizar a fluidez do tráfego, por força da cláusula contratual⁵⁵ XVI, item 3, letra 'f', aplicável a toda a rodovia. Segundo a norma contratual, a fluidez do tráfego constituía um dos critérios de adequação do serviço público concedido.

Sendo assim, o corpo técnico entendeu que, quanto à Fluidez do Tráfego, a fiscalização exercida pela ARSI foi deficiente, diante da falta de estudos independentes.

Por outro lado, a Conclusiva observou que os gestores não poderiam ser responsabilizados durante o período de estruturação da ARSI, previsto na Lei Complementar n. 477/2009⁵⁶.

A partir de 16 de abril de 2010, no entanto, todas as competências da ARSI deveriam ser exercidas plenamente, inclusive quanto à fiscalização da concessão rodoviária.

A área técnica verificou que a defesa de JOSÉ EDUARDO PEREIRA comprovou que o Plano de Ação da ARSI, para 2010, previa a fiscalização do serviço concedido, bem como que a Diretoria Colegiada da ARSI reuniu-se, em 2010 e

⁵⁵ **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;

⁵⁶ **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.

2011, para deliberar sobre o 3º e o 4º Aditivos Contratuais, a realização de Convênios, o cumprimento das Recomendação desta Corte, a solicitação do Sistema de Controle da SECONT e a contratação de Apoio à Fiscalização.

Durante sua gestão, entretanto, a ARSI elaborou apenas 01 (um) Relatório de Regulação e Fiscalização do Sistema Rodosol, relativo ao 1º trimestre de 2010, além de emitir somente 02 (dois) Relatórios de Vistoria Técnica, ambos de 2010.

Apesar de constatar a existência de planejamento, a assinatura de convênios e a tentativa de contratar consultorias, a Conclusiva entendeu que, na gestão de JOSÉ EDUARDO PEREIRA, o Plano de Ação/2010 não foi fielmente cumprido e que as fiscalizações executadas pela ARSI foram esparsas e incompletas.

A área técnica concluiu que as alegações não foram suficientes para afastar o Achado de Auditoria, especialmente porque não houve a produção de dados independentes nem a verificação da confiabilidade das informações operacionais da Rodosol. Desse modo, a responsabilidade de JOSÉ EDUARDO PEREIRA foi mantida.

Segundo a área técnica, a defesa de MARIA PAULA DE SOUZA MARTINS trouxe muitos documentos relativos à gestão anterior, indicando que as ações antes planejadas não foram alcançadas, em especial, quanto à contratação de consultoria e à obtenção de sistema de controle das informações da Rodosol.

O corpo técnico entendeu que a gestora não apresentou soluções alternativas às ações frustradas, rejeitando o argumento de que o insucesso das tentativas da gestão anterior comprovaria que a responsável não se omitiu.

A análise conclusiva manteve o Achado de Auditoria, destacando que a documentação juntada pela defesa confirmou que a fiscalização exercida pela ARSI foi deficiente, já que os dados fornecidos pela Rodosol não foram verificados de forma independente.

Quanto à defesa de LUIZ PAULO DE FIGUEIREDO, a área técnica observou que os documentos apresentados indicaram um incremento nas ações de fiscalização.

Mesmo assim, as fiscalizações permaneceram esparsas, sem contemplar a totalidade dos aspectos operacionais constantes do Programa de Exploração de Rodovias (PER) e sem verificar a confiabilidade dos dados da Rodosol.

A análise conclusiva manteve a responsabilidade de LUIZ PAULO DE FIGUEIREDO, em razão de deficiências na atividade fiscalizatória da ARSI.

O setor técnico concluiu que a fiscalização da concessão foi deficiente. A ARSI limitou-se a realizar o planejamento de ações, sem sua efetiva execução, bem como a efetuar algumas inspeções localizadas e esporádicas, insuficientes ao pleno e eficaz exercício da fiscalização

Os gestores da Agência descumpriram, dessa maneira, o dever legal de verificar a prestação do serviço adequado, insculpido no art. 29, incisos I e VI, da Lei 8.987/1995⁵⁷ e no art. 4º, § 3º, incisos I a III, V e VIII, da Lei Complementar estadual n. 477/2008⁵⁸, razão pela qual suas responsabilidades foram mantidas.

⁵⁷ **Art. 29.** Incumbe ao poder concedente:

- I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;
- VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

⁵⁸ **Art. 4º**.....

§ 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;
- 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;

A área técnica posicionou-se pela manutenção do Achado de Auditoria, propondo os seguintes encaminhamentos:

⇒ Aplicar Multa de 3 mil a 100 mil reais a JOSÉ EDUARDO PEREIRA, MARIA PAULA DE SOUZA MARTINS e LUIZ PAULO DE FIGUEIREDO;

⇒ Se a proposta de nulidade for rejeitada, assinar prazo de até 90 dias para que a ARSI apresente, ao Tribunal de Contas, um Plano de Ação para a fiscalização do Contrato n. 1/1998, contemplando:

- Adequação do sistema de arrecadação às premissas do PER;
- Intervalo de tempo para a cobrança da tarifa;
- Intervalo de tempo entre a chegada à praça de pedágio e à cabine de cobrança;
- Confiabilidade do sistema de contagem de fluxo e arrecadação;
- Fluidez do tráfego em todos os trechos concedidos, com resultados conclusivos sobre a quantidade de hora/ano em cada nível, por segmento homogêneo.

O **Ministério Público de Contas**, no Parecer n. 4365/2015, da lavra do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, acompanhou a área técnica.

d) Voto

O presente Achado de Auditoria revelou deficiências na fiscalização exercida pela ARSI sobre a concessão do Sistema Rodovia do Sol, especificamente quanto ao controle das funções operacionais executadas pela concessionária, relacionadas a:

- Sistema de Arrecadação, incluindo a contagem de fluxo de veículos;
- Tempo de Cobrança da tarifa;
- Tempo de Espera na fila para cobrança;
- Fluidez do Tráfego.

As deficiências constatadas pela área técnica corresponderam à ausência de coleta de dados independentes sobre a prestação do serviço e à falta de verificação da confiabilidade das informações disponibilizadas pela concessionária.

Observo que a cláusula contratual XXIII⁵⁹ determinou que o Poder Concedente (naquela época, por intermédio do DER) deveria exercer a fiscalização permanente da concessão, zelando pela qualidade do serviço, segundo os critérios, diretrizes e parâmetros contratados.

Nesse contexto, a cláusula contratual XVI⁶⁰ inseriu a Fluidez do Tráfego como um dos elementos da adequação do serviço, enquanto que o Volume IV do

⁵⁹ CLÁUSULA XXIII
Dos Direitos e das Obrigações do DER/ES

Incumbe ao DER/ES:

- a)** fiscalizar, permanentemente, a exploração do SISTEMA RODOVIA DO SOL;
- f)** cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares da concessão e as cláusulas deste CONTRATO;
- g)** zelar pela boa qualidade do serviço;
- j)** estimular o aumento da qualidade dos serviços prestados aos usuários e o incremento da produtividade dos serviços prestados pela CONCESSIONÁRIA;
- p)** zelar pela prestação de serviço em nível adequado, respeitados os critérios, diretrizes e parâmetros estabelecidos neste CONTRATO;
- q)** assegurar a expansão de capacidade do SISTEMA, assim como da modernização, aperfeiçoamento a ampliação dos equipamentos e das instalações vinculadas ao mesmo, de modo a manter a continuidade da prestação dos serviços em nível adequado;

⁶⁰ CLÁUSULA XVI
Do Serviço Adequado

1. A concessão da exploração do SISTEMA RODOVIA DO SOL pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários.

2. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, conforto, segurança, fluidez do tráfego, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

3. Para os fins previstos neste CONTRATO, considera-se:

- a)** regularidade: a prestação dos serviços nas condições estabelecidas no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO, neste CONTRATO e nas normas técnicas aplicáveis;
- d)** conforto: a manutenção nas pistas de rolamento, de sinalização, de informações, de comunicações e de cobrança de pedágio em níveis que assegurem a comodidade dos usuários conforme definido no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO;
- 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

Programa de Exploração de Rodovias (PER) tratou das funções operacionais de arrecadação e de controle do tráfego, estabelecendo a criação de um Banco de Dados, bem como os níveis de serviço quanto ao Tempo de Cobrança da tarifa e ao Tempo de Espera na fila, todos sujeitos à fiscalização do Poder Concedente⁶¹.

decorrentes de gerenciamento incorreto ou ineficiente, inclusive nas praças de pedágio e nos postos de pesagem móveis;

61 1.1.1) SERVIÇOS CORRESPONDENTES ÀS FUNÇÕES DE OPERAÇÃO

a) operação das Praças de Pedágio, incluindo a arrecadação da tarifa, o controle de tráfego de veículos e o controle financeiro e contábil dos valores arrecadados;

1.2) SERVIÇOS CORRESPONDENTES ÀS FUNÇÕES DE OPERAÇÃO

1.2.1. OPERAÇÃO DO SISTEMA DE PEDÁGIO

a) Conceitos Básicos

A arrecadação das tarifas de pedágio é a função operacional que garante o equilíbrio econômico-financeiro da CONCESSÃO. Desde o início da CONCESSÃO deverá ser operada a Praça de Pedágio existente na Ponte Castello de Mendonça. A praça de pedágio na Praia do Sol entrará em funcionamento após concluída a primeira etapa de obras, com prazo máximo de 18 (dezoito) meses após a publicação do CONTRA TO no Diário Oficial do Estado.

b.3) Dimensionamento de Recursos

Os recursos materiais e humanos deverão ser dimensionados, em função do tráfego previsto, de modo a atender um padrão mínimo de serviço, expresso pelos seguintes indicadores:

b.3.1) Tempo de cobrança da tarifa - (Definido como sendo o intervalo de tempo necessário à operação manual ou automática de cobrança da tarifa pelo arrecadador ou equipamento específico, entre o instante da chegada do usuário à cabina e a sua liberação, através do semáforo):

- Máximo de 12 (doze) segundos, em 85% dos casos considerados para fins de fiscalização. Nos 15% restantes o tempo não deverá exceder a 1 (um) minuto.

b.3.2) Tempo de espera na fila- (Definido como sendo o intervalo de tempo decorrido entre a chegada de um veículo à praça de pedágio e o seu posicionamento junto à cabina de cobrança):

Não superior a 1 (um) minuto em 85% dos casos considerados para fins de fiscalização. Nos 15% restantes o tempo não deverá exceder a 5 (cinco) minutos, no primeiro ano de operação, e 3 (três) minutos, nos anos subsequentes.

1.2.4. FISCALIZAÇÃO E AUDITORIA

O PODER CONCEDENTE exercerá a fiscalização dos serviços correspondentes às funções operacionais, mediante ações de campo, visando verificar a conformidade dos serviços com os padrões mínimos exigidos, assim como, através de auditorias específicas, regulares ou extraordinárias, no sentido de apurar eventuais irregularidades detectadas pela fiscalização.

a) Sistema de Informações

A fim de permitir e facilitar os processos de fiscalização e auditoria, a CONCESSIONÁRIA deverá implantar um sistema de informações, consubstanciado em demonstrativos e/ou relatórios que permitam o acompanhamento, pelo PODER CONCEDENTE, dos dados referentes a todos os serviços correspondentes às funções operacionais.

Constato, ainda, que os responsáveis citados reconheceram a existência de falhas na fiscalização, mas comprovaram a adoção de medidas para aprimorar o controle da concessão, razão pela qual afasto a imputação de multa por omissão.

Entretanto, o Achado de Auditoria deve ser mantido, uma vez que as defesas apresentadas não comprovaram a superação das deficiências relatadas, quanto à fiscalização do Sistema de Arrecadação, da Fluidez do Tráfego, do Tempo de Espera na Fila, do Tempo de Cobrança da Tarifa, por meio da coleta de dados

O sistema de informações deverá contemplar acesso a informações diárias semanais, mensais e anuais, observando a seguinte sistemática:

1) Informações diárias e semanais: A CONCESSIONÁRIA deverá manter à disposição da entidade fiscalizadora, banco de dados com informações compreendendo, mas não restritas a:

- Volume de tráfego horário, registrado nos pedágios, ordenado por classes de veículos;
- número de cabinas em operação, durante os turnos;
- resultados diários da arrecadação, por cabina operante;
- número de pesagens, ordenadas por classe de veículos e por excesso de peso;
- número de autos de infração e valores diários das autuações;
- número de eventos de atendimento aos usuários, ordenados por tipos de evento segundo os serviços envolvidos;
- indicações dos intervalos de tempo de atendimento de cada serviço envolvido nos eventos, de modo a permitir a sua tabulação;
- mapeamento de todos os acidentes ocorridos no sistema viário, com indicações sobre a sua natureza; e
- resumo das principais ocorrências de tráfego no sistema viário.

2) Informações mensais e anuais: A CONCESSIONÁRIA deverá emitir relatórios mensais e anuais contendo os resumos dos dados estatísticos e das ocorrências operacionais, de forma a permitir análise do comportamento sazonal das operações de pedágio, operações de pesagem, fiscalização de trânsito e transporte, operações de tráfego e atendimento aos usuários.

3) Banco de dados do CCO: A CONCESSIONÁRIA deverá manter à disposição do PODER CONCEDENTE, a qualquer tempo, todos os dados e informações operacionais disponíveis, através do banco de dados do CCO, inclusive as referentes a pedágio, pesagem, ocorrências de trânsito e conservação rodoviária, para fins de fiscalização e auditoria.

c.3) Centro de Controle de Operações (CCO) e Sistema de Telecomunicações.

O Centro de Controle de Operações (CCO) do SISTEMA RODOVIA DO SOL deverá coordenar e controlar todas as funções operacionais, mediante a operação, durante 24 horas por dia, todos os dias do ano, de um sistema de telecomunicações, que inclui as redes de telecomunicação fixas e móveis, instaladas nos postos fixos da rodovia (postos de pedágio, postos de fiscalização e demais bases operacionais) e nas unidades móveis dos diversos serviços.

O CCO deverá ser operado por pessoal qualificado e 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.

independentes e da verificação da confiabilidade do sistema de contagem do fluxo de veículos e arrecadação.

Nesses termos, acompanho, em parte, a análise conclusiva dos fatos e adoto as seguintes propostas, com acréscimos:

- * Manter o Achado de Auditoria;
- * Deixar de imputar multa pecuniária a JOSÉ EDUARDO PEREIRA, MARIA PAULA DE SOUZA MARTINS e LUIZ PAULO DE FIGUEIREDO;
- * Determinar, à ARSP, que elabore um Plano de Ação para a fiscalização do Contrato n. 1/1998, contemplando:
 - Adequação do sistema de arrecadação às premissas do PER;
 - Intervalo de tempo para a cobrança da tarifa;
 - Intervalo de tempo entre a chegada à praça de pedágio e à cabine de cobrança;
 - Confiabilidade do sistema de contagem de fluxo e arrecadação;
 - Fluidez do tráfego em todos os trechos concedidos, com resultados conclusivos sobre a quantidade de hora/ano em cada nível, por segmento homogêneo.

II.13. Índice de reajuste inadequado ao perfil dos serviços prestados (item 2.14 do Relatório de Auditoria e 3.13 da Instrução Técnica Conclusiva)

a) Relatório de Auditoria

A cláusula contratual XIX dispõe sobre o reajuste da tarifa básica, usando uma fórmula paramétrica, em que apenas 10% do peso corresponde ao índice geral de preços, sendo o restante vinculado aos índices de construção e consultoria de obras rodoviárias.

A equipe técnica apurou que, entre agosto/1998 e agosto/2013, a variação do índice contratual foi de 194,02%.

O índice acumulado foi superior em 22,15% à média dos índices gerais de preços ao consumidor, já que o Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC) e o Índice Nacional de Preços ao Consumidor–Amplio (IPCA) atingiram, no mesmo período, 162,13% e 155,54%, respectivamente, conforme consta do Gráfico 1, abaixo resumido (f. 10.478):

	TCEES
Índice contratual	194,02%
INPC	162,13%
IPCA	155,54%

De acordo com a equipe do TCEES, a fórmula paramétrica de reajuste contratual se mostrou inadequada ao objeto da concessão, pois a execução de obras estava prevista somente nos 05 (cinco) anos iniciais do contrato.

Segundo a equipe técnica, o parâmetro de reajuste contratual deveria se aproximar dos índices gerais de preços ao consumidor, adequando-se ao perfil dos serviços prestados nos 20 (vinte) anos seguintes da concessão, por meio da alteração consensual do contrato.

b) Respostas à citação e à notificação

Não houve Citação. A equipe técnica não identificou responsáveis para o fato.

A ARSI e a Rodosol foram notificadas para prestar esclarecimentos.

A ARSI justificou que, naquele momento, a diferença entre o índice contratual e a média do INPC / IPCA era de apenas 0,56%, já que os reajustes de 2008 e 2009 não foram concedidos. Nesse caso, não haveria materialidade na questão levantada pela equipe técnica.

Reconheceu, no entanto, que o cálculo da equipe técnica estava correto, pois, se os reajustes fossem concedidos, a diferença entre os índices seria de 22,15%.

Destacou que a Agência considera devidos os reajustes de 2008 e 2009, conforme entendimento também adotado pela equipe técnica, mas que a matéria foi submetida à discussão judicial, ainda não finalizada.

Alertou que a realização de aditamentos contratuais depende da revogação de decisão judicial suspensiva, acrescentando que, se a concessionária concordar com a alteração do índice, os efeitos de eventual termo aditivo não serão retroativos.

Por sua vez, a Rodosol argumentou que a fórmula paramétrica deve retratar a variação dos principais componentes da Proposta Comercial, segundo a especificidade de cada contrato, objetivo que não seria alcançado com a fixação de um só índice, como o INPC ou o IPCA.

Afirmou que a escolha do índice retrata a alocação de riscos da concessionária, pois, quanto maior o risco, melhor deve ser o custo de oportunidade, aspecto que deve ser mantido equânime e proporcional ao longo da concessão.

Por esses motivos, não seria cabível a comparação com os índices de preço ao consumidor.

A concessionária defendeu que a fórmula paramétrica deve ser mantida, conforme fixada no Edital, aduzindo que a alteração do índice de reajuste provocaria um desequilíbrio contratual, por modificar as condições da proposta.

Alegou, ainda, que, desde 2009, a fórmula de reajuste se mostra mais favorável aos usuários, segundo a comparação apresentada pela Rodosol, abaixo resumida, incluindo os índices do IPCA e do INPC, tendo como data-base o mês de agosto de cada ano (f. 14.412):

Ano	IPCA	INPC	Contrato
1999	5,69	5,25	12,75
2000	7,86	7,86	9,85
2001	6,41	7,31	8,04
2002	7,46	7,46	10,70
2003	15,07	17,53	15,23
2004	7,18	6,64	8,58
2005	6,02	5,01	7,71
2006	3,84	2,85	4,64
2007	4,18	4,82	3,59
2008	6,17	7,15	9,16
2009	4,36	4,44	2,39
2010	4,49	4,29	5,01
2011	7,23	7,40	4,29
2012	5,24	5,39	5,15
2013	6,09	6,07	5,20

c) Instrução Técnica Conclusiva

O corpo técnico enfrentou todas as alegações da ARSI e da Rodosol, reiterando que o objeto contratual não é a execução de obras públicas, mas sim a concessão de serviço público precedida de obra.

Explicou que a finalidade do reajuste é preservar o valor contratual da corrosão provocada pela inflação.

O reajuste insere-se na álea econômica ordinária do contrato, constituindo um risco normal, que não autoriza a revisão econômico-financeira.

De acordo com a área técnica, a modificação do índice de reajuste não acarretará o desequilíbrio do contrato, pois não se enquadra na álea extraordinária descrita no art. 65, inciso II, letra 'd', da Lei 8666/1993.

A alteração contratual sugerida deverá consistir na mera adequação da fórmula paramétrica, buscando manter as condições contratadas, sem beneficiar indevidamente nenhuma das partes.

A fórmula de reajuste do Contrato 1/1998 incluiu índices de terraplanagem, pavimentação, obras de arte especiais, custo da construção e serviços de consultoria de obras rodoviárias, representando 90% do total, além do Índice Geral de Preços de Mercado (IGPM), com peso de 10%, conforme consta da cláusula XIX.

Segundo a área técnica, o índice aplicado a outras concessões rodoviárias mostrou-se semelhante, sugerindo que esse foi o parâmetro de mercado à época da licitação.

Entretanto, o TCU determinou que a ANTT incluísse uma cláusula de revisão periódica do pedágio das concessões federais, conforme os Acórdãos 2.104/2008 e 2.927/2011, ambos do Plenário.

Nos termos da Resolução ANTT n. 3651/2011 e da Deliberação ANTT n. 274/2011, o cumprimento da determinação do TCU levou ao aditamento dos contratos, a partir de 2012, substituindo as fórmulas de reajuste pelo IPCA, conforme demonstrado à folha 25.098 da Conclusiva e abaixo resumido:

Contrato n.	Índice inicial	Índice revisto em 2012
154/1994 Ponte Rio – Niterói	Obras de arte especiais – 70% Pavimentação – 15% Serviços de consultoria – 15%	IPCA
137/1995 Via Dutra	Terraplanagem – 14% Obras de arte especiais – 32% Pavimentação – 34% Serviços de consultoria – 20%	IPCA
138/1995 Rio – Juiz de Fora	Terraplanagem – 16% Obras de arte especiais – 35% Pavimentação – 12% Serviços de consultoria – 37%	IPCA
156/1995 Rio – Teresópolis	Terraplanagem – 10% Obras de arte especiais – 46% Pavimentação – 29% Serviços de consultoria – 15%	IPCA
16/1997 Osório – Porto Alegre	Terraplanagem – 10% Obras de arte especiais – 18% Pavimentação – 43% Serviços de consultoria – 29%	IPCA

A área técnica confirmou que o excessivo peso das obras rodoviárias, no reajuste tarifário do Contrato 1/1998, provocou uma distorção, por não refletir a real variação do custo do serviço concedido, contrariando o art. 40, inciso XI, da Lei 8666/1993⁶². Desse modo, a tarifa paga pelo usuário foi onerada indevidamente.

Segundo o corpo técnico, a Rodosol não é responsável pela irregularidade.

Quanto ao agente público responsável, que não foi mencionado no Relatório de Auditoria, sua ação já estaria prescrita.

A área técnica posicionou-se pela manutenção do Achado de Auditoria, propondo os seguintes encaminhamentos:

⇒ Determinar, ao Governo do Estado, que, nas futuras concessões, motive a escolha do índice de reajuste dos contratos, observando o disposto no art. 40, inciso XI, da Lei 8.666/1993, adotando-se um critério que retrate a variação efetiva do custo da tarifa;

⇒ Se a proposta de nulidade for rejeitada, Determinar, à ARSI, que adote providências para obter, mediante acordo com a concessionária, a alteração da fórmula de reajuste contratual, de modo a torná-la mais adequada ao perfil dos serviços prestados no Contrato 1/1998.

O **Ministério Público de Contas**, no Parecer n. 4365/2015, da lavra do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, acompanhou a área técnica.

⁶² **Art. 40.** O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e 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; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

d) Voto

Em princípio, entendo por necessário fixar a premissa de que os parâmetros atinentes ao equilíbrio da relação contratual estabelecida entre o poder concedente e a concessionária encontram-se balizados nos critérios fixados no edital e no instrumento contratual.

Observada tal premissa, não há como referendar o fundamento técnico de que *a modificação do índice de reajuste não acarretaria em desequilíbrio do contrato*, por não configurar em *álea extraordinária*.

De fato, como arguido pelo corpo técnico, o reajuste – nos termos fixados no edital e no contrato – constitui *álea econômica*, não impactando, quando da aplicação do índice, em fato que enseje em recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Ocorre que a alteração do índice, de forma unilateral, por iniciativa da Administração Pública, configuraria *álea extraordinária* e, nos termos do artigo 9º, *caput* e §4º, da Lei n.º 8.987/95⁶³, implicaria em recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, já que alteraria as condições originariamente pactuadas, que embasaram a formulação da proposta apresentada pela concessionária.

Portanto, ainda que o índice de reajuste do contrato não seja o mais adequado à concessão – já que a maior parte de sua composição guarda pertinência com os índices da construção civil e as obras seriam compreendidas apenas na primeira parte do período da concessão –, é fato que a fórmula eleita para o reajuste tarifário foi aquela prevista na cláusula contratual XIX⁶⁴.

⁶³ **Art. 9º** A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

⁶⁴ **CLÁUSULA XIX**
DO Reajuste da Tarifa Básica

1. O valor da tarifa Básica de cada Praça será reajustado anualmente, sem prejuízo....
2. Para efeito previsto no item anterior, a data-base do reajuste é o mês de Julho de 1998.

4. Os valores das tarifas básicas de cada praça de pedágio deverão ser reajustados, utilizando-se a fórmula explicitada a seguir:

$$TBR = TB \times \{ [0,10 \times (ITi - ITo) / ITo] + [0,20 \times (IPi - IPo) / IPo] + [0,20 \times (IOAEi - IOAEo) / IOAEo] + [0,10 \times (INCCi - INCCo) / INCCo] + [0,30 \times (ICi - Ico) / Ico] + [0,10 \times (IGP-Mi - IGP-Mo) / IGP-Mo] \} + 1$$

onde:

TBR - é o valor da Tarifa Básica reajustada;

TB - é o valor da Tarifa Básica de Pedágio referente à data-base de referência da Proposta Comercial, ou seja, Agosto de 1998;

ITo - é o Índice de Terraplanagem para Obras Rodoviárias, relativo ao segundo mês anterior ao da data-base de referência, calculado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (coluna 38);

ITi - é o Índice de Terraplanagem para Obras Rodoviárias, relativo ao segundo mês anterior ao da data de reajuste, calculado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (coluna 38);

IPo - é o Índice de Pavimentação para Obras Rodoviárias, relativo ao segundo mês anterior ao da data-base de referência, calculado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (coluna 37);

IPi - é o Índice de Pavimentação para Obras Rodoviárias, relativo ao segundo mês anterior ao da data de reajuste, calculado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (coluna 37);

IOAEo - é o Índice de Obras-de-Arte Especiais para Obras Rodoviárias, relativo ao segundo mês anterior ao da data-base de referência, calculado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (coluna 36);

IOAEi - é o Índice de Obras-de-Arte Especiais para Obras Rodoviárias, relativo ao segundo mês anterior ao da data de reajuste, calculado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (coluna 36);

INCCo - é o Índice Nacional do Custo da Construção, relativo ao segundo mês anterior ao da data-base de referência, calculado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (coluna 6);

INCCi - é o Índice Nacional do Custo da Construção, relativo ao segundo mês anterior ao da data de reajuste, calculado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (coluna 6);

ICo - é o Índice de Serviços de Consultoria para Obras Rodoviárias, relativo ao segundo mês anterior ao da data-base de referência, calculado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (coluna 39);

ICi - é o Índice de Serviços de Consultoria para Obras Rodoviárias, relativo ao segundo mês anterior ao da data de reajuste, calculado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (coluna 39);

IGP-Mo - é o Índice Geral de Preços de Mercado, relativo ao segundo mês anterior ao da data-base de referência, calculado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (coluna 7);

IGP-Mi - é o Índice Geral de Preços de Mercado, relativo ao segundo mês anterior ao da data de reajuste, calculado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (coluna 7);

0,10; 0,20; 0,20; 0,10; 0,30 e 0,10 - parâmetros cuja soma é igual a 1 (um). (sic)

Nova redação conferida pela 4º Termo Aditivo, assinado em 21/12/2010:

CLÁUSULA TERCEIRA – ALTERAÇÕES DA CLÁUSULA XIX:

A) Alterar a redação do item 2 da Cláusula XIX, que passa a ter a seguinte redação:

“2. As partes ratificam que a data base para o reajuste é o mês de Outubro, que os reajustes anuais serão referenciados à data base da proposta comercial de acordo com a fórmula contratual, e aplicados no 1º dia de cada ano, sendo os índices do ano “o” relativos ao segundo mês anterior à data base da proposta comercial e os índices do ano “i” relativos ao segundo mês anterior à data base do reajuste.(sic)

C) Alterar a redação do índice TB da fórmula indicada no item 4 da Cláusula XIX. O índice TB passa a ter a seguinte redação:

TB – é o valor da Tarifa Básica de Pedágio referente à data base da Proposta Comercial, ou seja, Outubro de 1998.

Dessa forma, entendo não ser possível impor a readequação retroativa ou imediata do índice, sob pena de impactar no equilíbrio econômico-financeiro da concessão, gerando a necessidade de sua recomposição.

Por outro lado, como resta evidenciada a inadequação do índice à concessão em exame, vislumbro como imperiosa a expedição de determinação para que, em futuras licitações, caso venham a existir, o poder concedente proceda à escolha do índice de reajuste contratual de forma a atender o disposto no artigo 40, XI, da Lei n.º 8.666/93.

Nesses termos, divergindo da análise conclusiva dos fatos, concluo por:

- * Afastar o Achado de Auditoria;
- * 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), da Secretaria de Estado de Controle e Transparência (SECONT) e da Procuradoria Geral do Estado (PGE), que, se houver nova licitação, a escolha do índice de reajuste contratual seja previamente justificada e atenda ao art. 40, inciso XI, da Lei 8.666/1993.

II.14. Não comprovação de cumprimento das pendências nas obras enumeradas no Termo de Vistoria (item 2.15 do Relatório de Auditoria e 3.14 da Instrução Técnica Conclusiva)

a) Relatório de Auditoria

A fim de verificar o cumprimento dos requisitos autorizadores para a cobrança de pedágio na Praia do Sol, a equipe técnica requereu, à Rodosol e ao DER, acesso ao Termo de Vistoria Final nas obras, aos projetos e a outros documentos da obra, como a solicitação e a autorização para o início da cobrança.

Os documentos enviados pelo DER não atenderam à requisição da equipe técnica, pois não se relacionavam ao tema.

Por sua vez, a Rodosol apresentou o Termo de Recebimento Provisório da 1ª Etapa, referente à duplicação do trecho entre a Rodovia Darly Santos e Setiba, emitido em 14/12/2000. Nesse documento, consta a informação de que 27 itens das obras não foram executados ou precisavam ser refeitos, conforme indicado no Termo de Vistoria emitido pelo DER.

A concessionária ainda encaminhou o Ofício 1123/2000, também emitido em 14/12/2000, no qual o DER autorizou o início da cobrança do pedágio, mesmo diante das pendências constatadas.

Na sequência, a equipe técnica requereu ao DER uma cópia do processo administrativo em que se encontravam as peças trazidas pela Rodosol, mas os autos não foram localizados pelo órgão.

De acordo com o Termo de Recebimento Provisório, a Rodosol dispunha de três meses (até 14/03/2001) para solucionar as 27 pendências.

Entretanto, a equipe técnica não encontrou documentos comprovando que as pendências foram resolvidas, que a Vistoria Final da obra foi realizada e que o Termo de Recebimento Definitivo foi emitido. Nesse aspecto, concluiu que o DER e a ARSI omitiram-se no dever legal de verificar o cumprimento das 27 pendências.

b) Respostas à citação e à notificação

Não houve Citação. A equipe técnica identificou como responsável o então diretor geral do DER, JORGE HÉLIO LEAL, mas observou que a pretensão punitiva está prescrita, já que o fato data de março de 2001, tendo ocorrido há mais de 05 anos, sem a interferência de causas suspensivas ou interruptivas.

A ARSI, o DER e a Rodosol foram notificados para prestar esclarecimentos.

A ARSI não apresentou justificativas sobre a matéria, limitando-se a afirmar que não foi o órgão responsável pela licitação, passando a responder pela fiscalização, controle e regulação da concessão somente a partir de 16/04/2010, data em que se consolidou a transferência de alguns direitos e obrigações contratuais do DER para a Agência. Alegou que não detém a prerrogativa de extinção contratual, ao contrário do que a equipe técnica propôs.

Notificado, o DER afirmou que obteve cópia da resposta final emitida pela concessionária, datada de 15/03/2001, atestando que as pendências foram resolvidas. Entretanto, não localizou o processo administrativo 19024088, contendo os documentos sobre as vistorias.

A Rodosol argumentou que todas as pendências foram corrigidas, sendo que os documentos comprobatórios foram encaminhados ao DER.

c) Instrução Técnica Conclusiva

Quanto à ARSI, a área técnica anotou que a Agência não foi responsável pela vistoria das obras, mas que responde por eventual alteração e extinção do Contrato.

O corpo técnico enfrentou todas as alegações do DER e da Rodosol, observando que, na verdade, o Termo de Vistoria (vol. 48, f. 11.211/11.214) elencou 25 (vinte e cinco) pendências, e não 27.

As pendências incluíram a construção de muro de contenção de talude, canalização de drenagem, acabamentos finais em passarelas e pontos de ônibus, estabilização de taludes com erosão e de aterros, recomposição das juntas de dilatação da ponte velha sobre o rio Jucu e no viaduto de Interlagos, sinalização, executar passagem de pedestres e cercas, regularização de ondulações e recalques no pavimento, apresentação de projetos, cronogramas, relatórios, *as built*, pareceres técnicos, etc.

Não foi apresentado o Termo de Recebimento Definitivo e não há documentos comprovando que as pendências foram verificadas pelo DER, mas a concessionária comunicou o DER sobre a solução, para que o órgão pudesse realizar a vistoria final.

O art. 73, § 4º, da Lei 8.666/1993⁶⁵ determina que, na falta de expressa manifestação do poder público sobre o recebimento definitivo, opera-se a presunção de que os serviços foram realizados corretamente. Por esse motivo, a área técnica entendeu que o Achado de Auditoria deve ser afastado, sem excluir a responsabilidade da concessionária por eventuais vícios, defeitos ou incorreções nas obras e serviços⁶⁶.

O **Ministério Público de Contas**, no Parecer n. 4365/2015, da lavra do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, acompanhou a área técnica.

d) Voto

A área técnica constatou a existência 25 (vinte e cinco) pendências nas obras do trecho Rodovia Darly Santos a Setiba, conforme informado no Termo de Recebimento Provisório emitido pelo DER (f. 11.211).

Embora a Vistoria Final e o Termo de Recebimento Definitivo não tivessem sido localizados, a concessionária comunicou a resolução das pendências ao DER (f.

⁶⁵ **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;

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;

§ 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.

⁶⁶ **Art. 69.** O contratado é obrigado a 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.

14.770), em 15/03/2001, tempestivamente, já que dispunha de prazo até 14/03/2001 para a correção.

Feita a comunicação, competiria ao DER realizar a vistoria e atestar o recebimento definitivo, mas não há provas de que o procedimento foi realizado.

Diante da presunção legal determinada no art. 73, § 4º, da Lei 8.666/1993, e, considerando que a conduta dos responsáveis pelo DER já está prescrita (conforme analisado no Relatório de Auditoria), acompanho a área pelo afastamento do Achado de Auditoria

Nesses termos, acompanho, integralmente, a análise conclusiva dos fatos e adoto as seguintes propostas técnicas:

- * Declarar a prescrição da pretensão punitiva do responsável, JORGE HÉLIO LEAL;

- * Afastar o Achado de Auditoria, sem excluir a responsabilidade prevista no art. 69 da Lei n. 8.666/1993.

Acrescento, ainda, uma Determinação, dirigida 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), da Secretaria de Estado de Controle e Transparência (SECONT) e da Procuradoria Geral do Estado (PGE), para que, toda a documentação relacionada ao Edital e ao Contrato de concessão seja conservada e organizada, observando a ordem cronológica, a fim de garantir maior controle e transparência.

II.15. Obras executadas com qualidade inferior à contratada (item 2.16 do Relatório de Auditoria e 3.15 da Instrução Técnica Conclusiva)

a) Relatório de Auditoria

Segundo a cláusula XVII.1 do Contrato n. 1/1998⁶⁷, os critérios de qualidade das obras foram fixados no Anexo III, denominado “Programa de Exploração do Sistema Rodovia do Sol” (PER).

Por sua vez, a cláusula contratual LXV⁶⁸ determinou que a fiscalização das obras compreenderia a medição do executado, observando-se as especificações, parâmetros e padrões de qualidade determinados no PER, além das normas técnicas.

O item 19 da cláusula anterior determinava que o DER deveria rejeitar a obra ou serviço executado em desconformidade com o Contrato e PER. Entretanto, a equipe técnica identificou obras de qualidade inferior, que deveriam ter sido rejeitadas pelo DER, o que não aconteceu.

Para chegar a esse entendimento, a equipe de auditoria confrontou a Proposta Comercial, os parâmetros contratuais, incluindo o PER, as informações da concessionária sobre a execução e os ensaios realizados pelos próprios técnicos

⁶⁷ **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 a este CONTRATO.

⁶⁸ **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.

do TCEES, com o apoio do DER, conforme consta dos Apêndices Q e R, além do Anexo XVI do Relatório de Auditoria (Levantamento Geotécnico e Topográfico para apoio à Auditoria do TCE).

De acordo com a equipe técnica, as obras de qualidade inferior foram remuneradas pelos usuários como se tivessem a qualidade contratada, e, por esse motivo, deveriam ser reparadas ou constituir um evento de desequilíbrio contratual.

O valor necessário para a adequação das obras à qualidade contratada não foi quantificado pela equipe, pois o trabalho exigiria uma análise mais extensa e com vários ensaios, escapando ao objeto e à duração da auditoria. Por conta dessa limitação, a ocorrência não foi incluída na avaliação econômico-financeira do contrato, constante do item 2.18 do Relatório de Auditoria.

Resumidamente, a equipe técnica constatou as deficiências abaixo relatadas.

1) Quanto à classe rodoviária:

O Edital n. 1/1998 e o PER caracterizaram a Rodovia do Sol como uma zona de planície costeira, enquadrando-a na classe rodoviária I. Por efeito, a inclinação máxima das rampas da rodovia deveria ser de até 4%.

Entretanto, a equipe técnica verificou que a inclinação máxima das rampas foi descumprida, superando o limite de 4%, nos seguintes trechos:

- Setiba / Rodovia Jones dos Santos Neves: foram constatados 08 pontos em que a inclinação máxima foi ultrapassada, totalizando 2.260 metros de pista dupla desconforme;

- Rodovia Jones dos Santos Neves / Meaípe: foram constatados 09 pontos em que a inclinação máxima foi ultrapassada, totalizando 1.840 metros de pista simples desconforme.

A equipe de auditoria concluiu que a concessionária foi remunerada para uma obra em planície, com inclinação de até 4%, mais custosa que a efetivamente realizada.

2) Quanto ao dimensionamento do pavimento:

Segundo a equipe técnica, o “dimensionamento do pavimento” é a determinação de suas camadas (subleito, sub-base, base e revestimento ou capa asfáltica), para que resistam à passagem de veículos, sem rupturas, deformações apreciáveis ou desgaste superficial excessivo.

Para verificar a qualidade do pavimento, quanto à espessura do revestimento ou capa asfáltica, a equipe de auditoria utilizou o Método de Projeto de Pavimentos Flexíveis, adotado pelo Departamento Nacional de Infraestrutura dos Transportes (DNIT), à época, chamado de Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER).

De acordo com o Método, a espessura mínima do revestimento é determinada por uma fórmula que envolve vários fatores, como o tráfego de veículos pesados, volume de carga e quantidade de eixos dos veículos, além de condições climáticas, resultando no chamado número N, cujos valores constam da Tabela 14 do Relatório de Auditoria, conforme segue:

Tabela A – número N x espessura mínima

N	Tipo de capa asfáltica	Espessura mínima
$< 1 \times 10^6$	Tratamento betuminoso	-
$> 1 \times 10^6$	Revestimento betuminoso	5 cm
$> 5 \times 10^6$	Concreto betuminoso	7,5 cm
$> 1 \times 10^7$	Concreto betuminoso	10 cm

Considerando que o PER não fixou a espessura mínima, deixando tal tarefa para a concessionária, a equipe técnica requereu a memória de cálculo do dimensionamento feito pela Rodosol, a fim de verificar sua correção.

Obtive as respostas relatadas no Apêndice D.11 do Relatório de Auditoria, além dos documentos enviados pelo DER, referentes ao Relatório de Projeto e à Memória Justificativa, que seriam partes do projeto executivo elaborado pela Rodosol, em setembro de 2001.

Expressamente, a Memória Justificativa, anexada ao Relatório Técnico, referiu-se apenas ao trecho Setiba / Rodovia Jones dos Santos Neves.

Segundo a Memória Justificativa, para aquele trecho, foi apurado o número N igual a $3,6 \times 10^6$, montante que enquadrou a espessura mínima em 5 cm (cinco centímetros). Essa espessura foi efetivamente executada ao longo de toda a Rodovia do Sol.

No entanto, a equipe do TCEES desconsiderou os dados da Memória Justificativa, por divergirem muito da literatura especializada e porque sua origem não foi comprovada.

Aplicando o Método de Projeto de Pavimentos Flexíveis e as normas técnicas de engenharia, segundo definido no PER, a equipe técnica realizou o cálculo da espessura mínima do pavimento, conforme demonstrado no Apêndice Q, constatando:

- para o trecho Rodovia Darly Santos / Setiba, a espessura mínima do revestimento deveria ser de 10 cm (dez centímetros), em concreto betuminoso usinado a quente (CBUQ);

- para o trecho Setiba / Rodovia Jones dos Santos Neves / Meáipe (Contorno de Guarapari efetivamente executado), a espessura mínima do revestimento deveria ser de 7,5 cm (sete centímetros e meio), em CBUQ.

Desse modo, constatou-se que a espessura efetivamente executada (5 cm), em todos os percursos da Rodovia do Sol, foi inferior às espessuras mínimas apuradas pela equipe técnica, quanto aos trechos Rodovia Darly Santos / Setiba (10 cm) e Contorno de Guarapari (7,5 cm).

3) Quanto aos controles tecnológicos:

Segundo a equipe do TCEES, os controles tecnológicos analisam o pavimento quanto à resistência à umidade e deformação, à consistência e suporte do solo, à distribuição do impacto, por meio de parâmetros como: Índice de Suporte Califórnia, Limite de Liquidez, Grau de Compactação, Índice de Grupo, Espessura da Camada e Granulometria.

De acordo com o PER, a construção do pavimento deveria seguir as normas técnicas do DNER/DNIT, DER e da ABNT, sendo algumas delas expressamente nomeadas no Programa.

A equipe de auditoria analisou a conformidade do pavimento com as normas DNIT 299, 301, 303 e 313, todas de 1997, que não estavam previstas nominalmente no PER, mas constavam da Memória Justificativa, elaborada pela Rodosol em setembro/2001.

Com o apoio do DER, a equipe técnica prospectou 20 (vinte) pontos da concessão, sendo 10 (dez) pontos no trecho Rodovia Darly Santos / Setiba, 06 (seis), no trecho Setiba / Rodovia Jones dos Santos Neves, e 04 (quatro), no percurso Rodovia Jones / Meaípe. Os resultados constam do Apêndice R e do Anexo XVI.

A prospecção não pretendeu atestar o cumprimento das especificações técnicas, mas apenas indicá-lo, pois as próprias normas do DNIT exigiam um número muito superior de coletas a fim de confirmar a regularidade da obra.

Constatou-se que todos os pontos prospectados apresentaram problemas, em especial, quanto ao Subleito, cujo comprometimento tenderia a afetar as demais camadas, ainda que corretamente executadas.

b) Respostas à citação e à notificação

Não houve Citação. A equipe técnica identificou, como responsável, o chefe do Grupo de Fiscalização de Concessões do DER, ALTAMIRO THOMAZ, mas observou que a pretensão punitiva está prescrita, já que os fatos ocorreram até a conclusão das obras, de 1999 a 2003, passados mais de 05 anos, sem a interferência de causas suspensivas ou interruptivas.

A ARSI, o DER e a Rodosol foram notificados para prestar esclarecimentos.

A ARSI não apresentou justificativas sobre a matéria, limitando-se a afirmar que não foi o órgão responsável pela licitação, passando a responder pela fiscalização, controle e regulação da concessão somente a partir de 16/04/2010, data em que se consolidou a transferência de alguns direitos e obrigações contratuais do DER para a Agência. Alegou que não detém a prerrogativa de extinção contratual, ao contrário do que a equipe técnica propôs.

O DER questionou a metodologia utilizada pela equipe técnica, mas não assegurou a qualidade das obras.

A análise realizada pelo DER, quanto ao Achado de Auditoria, consta do Relatório Final da Comissão de Avaliação, datado de 23/06/2014 (f. 24.508).

Os membros da Comissão relataram algumas discordâncias do Relatório de Auditoria. Entretanto, afirmaram que o prazo exíguo não permitiu a análise de *“todos os elementos de forma mais aprofundada”*, sugerindo, em conclusão, que seja formada uma comissão, composta pelo Poder Concedente e concessionária, para analisar as condições de devolução do Sistema Rodovia do Sol.

Sobre a **classe rodoviária**, a Comissão do DER esclareceu que a inclinação das rampas do Contorno de Guarapari foi aumentada para até 6%, em decorrência de exigências dos órgãos ambientais. Além disso, a alteração foi requerida pela Rodosol, motivada pela topografia fortemente ondulada e montanhosa, sendo autorizada pelo Departamento.

No entanto, a Comissão de Avaliação não conseguiu realizar o levantamento documental e topográfico das rampas questionadas pelo Tribunal. Também não conseguiu verificar a existência de danos à segurança e à fluidez do trânsito, decorrente do aumento da inclinação.

Acerca do **dimensionamento do pavimento**, os técnicos do DER informaram que a espessura de 5 cm, executada pela concessionária, respeitou os parâmetros do PER e do DNIT. Acrescentaram que o cálculo indicado na Memória Justificativa, elaborada pela Rodosol, baseou-se em dados de pesagem veicular realizada na Rodovia BR 101, segmento Vitória a Entr. 101/262, que seriam mais adequados frente aos dados utilizados pela equipe de auditoria.

A Comissão do DER questionou a metodologia empregada pelo TCEES no cálculo da espessura do revestimento, em especial, quanto aos seguintes aspectos:

- Uso do Fator Climático Regional (FR) de 1,4, contrariando a recomendação do DNIT para um FR padrão no valor de 1,0;
- Emprego do Fator de Veículos (FV) apurado no *Estudo de Caso da Rodovia BR 364/163*, em Mato Grosso, bem como do FV invariável sugerido no Livro *Manual de Técnica de Pavimentação*, contrariando a recomendação do DNIT para que o Fator fosse apurado por categoria de veículo e por meio de pesagem veicular representativa de cada rodovia;
- Volume de tráfego incluindo veículos de passeio.

Além disso, o DER alegou que o Edital teria estipulado uma espessura de 6 cm, muito inferior à dimensionada pelo TCEES.

Em relação aos **controles tecnológicos**, a Comissão do DER afirmou que a qualidade do pavimento não estava comprometida, pois nenhuma irregularidade grave foi constatada pelo mais recente controle deflectométrico, apresentado pela Rodosol à ARSI. Reforçou que esse controle, realizado pela *Strata Engenharia Ltda*, em 2012, constatou que o pavimento encontrava-se nos limites aceitáveis.

Os técnicos do DER também questionaram a metodologia utilizada pelo TCEES para verificar os controles tecnológicos do pavimento, destacando que a escolha dos locais de prospecção não foi aleatória, concentrando-se nos pontos críticos, sendo que alguns deles poderiam estar localizados na estrada velha, não duplicada pela Rodosol.

Segundo o DER, a escolha dos pontos de prospecção teria comprometido o resultado dos ensaios, assim como a pequena quantidade da amostra, correspondente a apenas 8% do mínimo exigido pelo DNER / DNIT.

Notificada, a Rodosol argumentou que todas as obras estavam regulares e atendiam os padrões de qualidade do PER.

Ressaltou que as normas de engenharia são mais flexíveis que as leis, devendo ser avaliadas com cuidado diante das peculiaridades de cada obra.

Encaminhou um Parecer Técnico, elaborado pela empresa *Strata Engenharia*, atestando a qualidade das obras (doc. 17, f. 14.778).

Quanto à **classe rodoviária**, a concessionária alegou que o aumento da inclinação das rampas foi autorizado pelo DER, a fim de evitar um relevante impacto ambiental.

Justificou que, em casos específicos e desde que haja fundamentação técnica, as normas sobre projetos e construções rodoviárias admitem que as rampas sejam maiores que a inclinação máxima prevista em seus dispositivos.

Destacou que a alteração não trouxe prejuízos aos usuários, não provocou congestionamentos pela redução da velocidade do tráfego, nem comprometeu a segurança, já que não foram registrados acidentes. Alegou que a extensão do trecho questionado era de 1.605 metros, menor que a levantada pela equipe técnica, de 4.100 metros.

Em relação ao **dimensionamento do pavimento**, afirmou que a qualidade da obra foi adequada, cumprindo a espessura de 5 cm, apurada conforme a metodologia do DNIT e constante do projeto executivo, aprovado pelo DER.

Reforçou que os dados obtidos pela pesagem de veículos na BR 101, realizada em 1995 e empregados pela concessionária no cálculo da espessura do revestimento, eram mais adequados que os utilizados no Relatório de Auditoria, mas foram desconsiderados pela equipe técnica, indevidamente. Observou que a falta de acesso aos documentos de origem dos dados não seria suficiente para invalidá-los.

A concessionária também questionou a metodologia usada pelo TCEES, em especial, quanto ao Fator Climático Regional (FR), ao Fator de Veículos (FV) e à representação de uma situação crítica, considerando que os veículos trafegariam com 100% de sua capacidade de carga nos dois sentidos da rodovia.

Quanto aos **controles tecnológicos**, a Rodosol defendeu que os relatórios de controle geotécnico, emitidos durante a execução, não continham elementos capazes de macular a qualidade das obras, assim como as avaliações bienais posteriores, reforçando que a última avaliação, feita em 2012, não foi questionada pela ARSI, para comprovar a alegação, juntou ofícios, dirigidos ao DER, encaminhando os documentos (f. 14.812/14.817).

Destacou que, após 15 anos, seria difícil retratar as condições do pavimento executado, sendo mais importante verificar se a finalidade vem sendo atendida que investigar a qualidade dos materiais usados à época.

Além disso, as pesquisas de satisfação dos usuários e o baixo índice de acidentes convergiram para atestar a qualidade das obras.

Alegou que os ensaios tecnológicos, realizados pela equipe do TCEES, estavam incorretos e deveriam ser descartados, uma vez que os locais de coleta das amostras foram inadequados. Ademais, as desconformidades apuradas pela equipe técnica representariam apenas 3% do total das obras, percentual considerado excelente, fazendo crer que os locais escolhidos para a prospecção foram, justamente, aqueles que se desviaram do padrão.

c) Instrução Técnica Conclusiva

Quanto à ARSI, a área técnica anotou que a Agência não foi responsável pela vistoria das obras logo após a execução, mas que responde por eventual alteração e extinção do Contrato.

O corpo técnico enfrentou todas as alegações do DER e da Rodosol, parte delas analisadas no Apêndice Q, anexado à Instrução Conclusiva.

1) Quanto à classe rodoviária:

A área técnica observou que o DER e a Rodosol admitiram que a inclinação das rampas do Contorno de Guarapari foi executada acima do percentual máximo de 4%, exigido no PER. Entretanto, não comprovaram a afirmação de que se tratava de uma necessidade ambiental.

Do mesmo modo, o Parecer elaborado pela *Strata* Engenharia limitou-se a afirmar que o percurso, com inclinação superior a 4%, seria menor que a extensão apurada pela equipe de auditoria.

De acordo com a área técnica, tal argumento não deveria prosperar, pois a extensão das rampas desconformes foi apurada pelo TCCES de modo mais conservador, considerando dimensões menores para as estacas.

O corpo técnico reforçou que a ausência de congestionamentos e acidentes não é capaz de certificar a adequação das obras.

Destacou que o DER se contradisse, pois, ao elaborar o PER, caracterizou o relevo como “planície costeira” e, na resposta à notificação, argumentou que o Contorno de Guarapari possuiria uma “topografia fortemente ondulada”. A área técnica observou que as fotografias trazidas pela Rodosol afastavam a ideia de um relevo ondulado.

Por outro lado, ressaltou que a deficiência na fiscalização da obra restou confirmada a partir da afirmação de que o DER não conseguiu realizar o levantamento topográfico e documental dos trechos questionados no Relatório de Auditoria.

A análise conclusiva registrou que o descumprimento da inclinação máxima resultou em ganho financeiro indevido para a concessionária, provocado pela redução do custo de implantação da rodovia, já que a maior inclinação das rampas reduziu os gastos com cortes, aterros, movimentação de material, construção dos elevados, etc.

2) Quanto ao dimensionamento do pavimento:

A área técnica esclareceu que o PER adotou uma espessura para fins de cálculo dos encargos, permitindo que a altura fosse definida no projeto final de engenharia, a cargo da licitante vencedora.

Reiterou que os dados de pesagem veicular na BR 101, utilizados pela Rodosol, não foram comprovados e divergiram muito da literatura especializada, resultando no subdimensionamento do pavimento.

A falta de dados fidedignos de pesagem veicular autorizou o emprego dos parâmetros sugeridos na literatura especializada, que fundamentaram a metodologia adotada pela equipe técnica.

Explicou que o tráfego de caminhões com a capacidade máxima de carga, nos dois sentidos da rodovia, constituiria uma prática do mercado de transporte na busca da otimização de seus recursos.

Acrescentou que esse parâmetro foi adequado, diante da ausência de dados fidedignos sobre a carga, além do risco de se subdimensionar o pavimento. Desse modo, refutou o argumento dos notificados de que a capacidade máxima de carga, nos dois sentidos da rodovia, retrataria uma situação excepcional.

No Apêndice Q, a análise conclusiva acolheu a contestação dos notificados quanto ao emprego do Fator Climático Regional (FR), passando a adotar o FR igual a 1,0, segundo recomendado pelo DNIT.

Em decorrência da alteração do FR, a área técnica refez os cálculos do número N, que constituiu o parâmetro para a espessura mínima do pavimento. Os novos cálculos mantiveram a espessura mínima de 10 cm e 7,5 cm, apurada para os trechos Rodovia Darly Santos / Setiba e Contorno de Guarapari, respectivamente.

3) Quanto aos controles tecnológicos:

O corpo técnico reiterou que as amostras coletadas pela equipe de auditoria objetivaram avaliar a qualidade do pavimento para fins de auditoria, e não para o recebimento do objeto, dispensando a realização do número de ensaios exigido pelas normas do DNIT.

A análise conclusiva manteve a metodologia utilizada pela equipe de auditoria, esclarecendo que as normas técnicas usadas eram adequadas e compatíveis com o PER.

Destacou que o grau de compactação foi avaliado a partir do padrão de energia indicado no projeto executivo da Rodosol, quanto ao subleito, e no padrão constante do PER, quanto à sub-base.

Informou que a análise da granulometria não foi comprometida pelo decurso do tempo, já que as obras não atingiram sua vida útil.

A área técnica também avaliou os “relatórios de caracterização do pavimento existente”, elaborados pela concessionária e encaminhados pelo DER e ARSI, relativos a fevereiro/2006 e abril/2012.

Na análise, as várias ressalvas da equipe técnica comprovaram o descumprimento dos métodos, padrões e parâmetros exigidos no PER, quanto à qualidade do pavimento.

Por outro lado, a Rodosol afirmou que os controles tecnológicos do pavimento estariam regulares, mas não comprovou tal alegação. A concessionária deixou de apresentar os relatórios de medição, com a periodicidade exigida no PER, e não demonstrou que os pontos de prospecção, escolhidos pela equipe do TCEES, foram inadequados.

Desse modo, a análise conclusiva constatou que todas as camadas do pavimento apresentaram problemas técnicos de engenharia, contrariando o Contrato, o PER e as normas técnicas.

O setor técnico posicionou-se pela manutenção do Achado de Auditoria, propondo os seguintes encaminhamentos:

- ⇒ Declarar a prescrição;

- ⇒ Se a proposta de nulidade for acolhida, Determinar que, no prazo de 180 dias, o DER e a ARSI apurem o montante necessário para adequação ao padrão de qualidade previsto no Contrato, devendo a ARSI promover

a avaliação econômico-financeira, considerando tal montante como um evento de desequilíbrio contratual;

⇒ Se a proposta de nulidade for rejeitada, Determinar que a ARSI, com o suporte do DER, adote medidas para exigir que a concessionária realize as intervenções necessárias à adequação das obras ao padrão de qualidade previsto no Contrato.

O **Ministério Público de Contas**, no Parecer n. 4365/2015, da lavra do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, acompanhou a área técnica.

d) Voto

As justificativas do DER e da Rodosol não foram aceitas pela área técnica, que constatou a execução do pavimento com qualidade inferior, em relação aos seguintes parâmetros:

- Classe Rodoviária
- Dimensionamento do Pavimento
- Controles Tecnológicos

Quanto à Classe Rodoviária, parte da obra foi executada com inclinação superior ao limite (inclinação de até 4%) correspondente à classe rodoviária I, em relevo de planície, expressamente designada no PER (Programa de Exploração Rodoviária);

A espessura do revestimento foi executada com 5 cm, número que, segundo a equipe técnica, é inferior à espessura exigida 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, conforme segue:

“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 estudo, não sendo necessariamente aquelas a serem definidas pelo projeto final de engenharia”. (Edital, Anexo III, Volume II, Tomo 2; f. 4.670)

Como referência para o cálculo dos encargos constantes das propostas comerciais, os desenhos técnicos e as planilhas de serviços, contidos no Anexo III do Edital, indicaram as seguintes espessuras:

- para o trecho Rodovia Darly Santos / Setiba, espessura de 6 cm (seis centímetros), na pista nova, e de 3 cm (três centímetros), sobre a pista existente, conforme os desenhos técnicos constantes de folhas 4.726 a 4.730 dos autos;
- para o Contorno de Guarapari, espessura de 5 cm (cinco centímetros), conforme as planilhas de serviços e outras anotações do PER, constantes de folhas 4.645 e 4.618.

O projeto executivo, que deveria demonstrar a apuração da espessura adequada do revestimento, não foi apresentado pela Rodosol.

A título de projeto executivo, o DER encaminhou apenas uma parte daquele documento, denominada Memória Justificativa, elaborada em setembro de 2001, durante a execução das obras. A Memória Justificativa mencionou a existência do projeto executivo original, que não foi entregue à equipe de auditoria.

Constata-se, pois, que a Memória Justificativa apresentada não contém informações suficientes para justificar a espessura de 5 cm, executada pela concessionária ao longo de toda a rodovia. Nesse aspecto, assiste razão à equipe técnica, que, diante da carência de dados do projeto executivo, procedeu à verificação da regularidade da espessura do pavimento.

A divergência entre a espessura mínima executada e a apurada pela área técnica se mostra 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.

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

O PER (Edital, Anexo III, Volume IV) estabeleceu alguns parâmetros de qualidade do pavimento, dentre os quais o respeito às normas técnicas do DNIT (antigo DNER), DER e ABNT, além de alguns estudos consagrados.

Na verificação da qualidade do pavimento, 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.

Nos 20 pontos prospectados, 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, referentes às condições de Superfície, Conforto, Deflectometria / Vida Remanescente e Segurança.

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.

É preciso destacar que o Relatório Final da Comissão de Avaliação do DER, elaborado para analisar os indícios apurados pela equipe de auditoria, embora tivesse questionado as conclusões da área técnica, não mostrou certeza sobre a regularidade do pavimento, sugerindo uma avaliação mais aprofundada.

O Relatório Final também sugeriu que uma nova comissão seja formada pelo Poder Concedente e a concessionária, 1 (um) ano antes do término da

concessão, para fiscalizar o cumprimento das condições de devolução do Sistema Rodovia do Sol, segundo os parâmetros mínimos previstos no PER, inclusive quanto à vida útil remanescente.

II.16. Sobrepreço da Tarifa Básica de Pedágio (item 2.17 do Relatório de Auditoria e 3.16 da Instrução Técnica Conclusiva)

a) Relatório de Auditoria

O critério de julgamento do certame foi a menor tarifa, respeitado o valor máximo da Tarifa Básica de Pedágio, fixado pelo Edital em R\$ 0,95 (noventa e cinco centavos).

A Tarifa Básica de Pedágio (TBP) correspondia ao preço a ser pago pelos veículos da categoria 1 (passeio) no pedágio da Terceira Ponte, sendo cotada em R\$ 0,94 (noventa e quatro centavos) pela licitante vencedora.

A equipe técnica afirmou que o valor máximo da TBP deveria ter sido calculado na fase interna da licitação, com base em projetos, estudos e avaliações do empreendimento, demonstrando a estimativa de receitas e de despesas, em montante suficiente para cumprir plenamente as condições do Edital, inclusive quanto à remuneração da concessionária, correspondente à Taxa Interna de Retorno do Projeto (TIR).

Tal procedimento tenderia a garantir o princípio da modicidade tarifária e a evitar o sobrepreço do pedágio, assegurando que os preços de mercado fossem respeitados.

Entretanto, o setor técnico concluiu que o procedimento de apuração do valor máximo da TBP não foi realizado pelo Poder Concedente, uma vez que os estudos de viabilidade técnica e econômica da concessão não forem entregues à equipe de auditoria, embora requisitados.

Considerando a necessidade de verificar se o valor máximo da Tarifa Básica de Pedágio respeitou o princípio da modicidade tarifária e, diante da ausência de justificativa para o valor fixado no Edital (R\$ 0,95), a equipe do TCEES reuniu dados para espelhar a realidade do mercado no momento do certame.

A análise técnica buscou apurar se a Tarifa Básica de Pedágio, cotada na Proposta Comercial em R\$ 0,94, era aceitável frente aos preços de mercado ou continha sobrepreço, além de demonstrar a relação entre a TBP e a Taxa Interna de Retorno (TIR) do empreendimento.

Como fonte de informações, foram utilizados o Edital de licitação, a Proposta Comercial vencedora, o Estudo de Viabilidade feito para a licitação de 1997, os preços referenciais de engenharia vigentes em outubro de 1998, a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) e o Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED).

No Apêndice L do Relatório de Auditoria, o setor técnico descreveu a metodologia empregada na avaliação do valor máximo da TBP, sendo os resultados consolidados nas tabelas do Apêndice M.

O procedimento observou a estrutura dos Quadros do Anexo V do Edital⁶⁹, correspondentes aos formulários obrigatórios a serem preenchidos nas propostas comerciais das licitantes (f. 3.711).

Resumidamente, os Quadros 1 a 4 referiram-se à demonstração das Receitas, incluindo o Volume Anual de Tráfego, por categoria de veículo, a Receita Tarifária para cada praça de pedágio, Outras Receitas e a Receita Bruta.

No Quadro 5, foram elencados os Investimentos previstos no Edital, cujos valores deveriam ser preenchidos pelas licitantes.

⁶⁹ Termo de Referência para a elaboração da Proposta Comercial.

Os Quadros 6 a 9 relacionaram os Custos de Operação, Conservação e Administração, enquanto que os Quadros 10 a 12 trataram da Depreciação e dos Financiamentos.

Os Quadros 13 a 16 demonstraram o Fluxo de Caixa do empreendimento, bem como seu Resultado Contábil.

Observando a estruturação contida no Anexo V do Edital, a equipe técnica estimou as Receitas, os Investimentos, os Custos e as demais despesas, durante os 25 anos da concessão, apurando o Fluxo de Caixa necessário ao cumprimento do objeto concedido, respeitando a data-base indicada no Edital, ou seja, outubro de 1998.

Inicialmente, a partir dos dados contidos no Estudo de Viabilidade feito para a licitação de 1997, a equipe de auditoria apurou o Volume de Tráfego por categoria de veículo, para cada praça de pedágio, no período de 1999 a 2023, conforme consolidado nas Tabelas 49 e 50 do Apêndice M.

Em seguida, estimou a Receita Tarifária, no mesmo período, com base no valor máximo fixado no Edital (R\$ 0,95), segundo demonstrado nas Tabelas 51 a 53 do Apêndice M, cujo resultado segue resumido:

Receita Tarifária (R\$) – TBP = R\$ 0,95

Terceira Ponte (de 1999 a 2023)	626.495.739,05
Praia do Sol (de 2000 a 2023)	343.214.834,20
Total	969.710.573,25

Quanto aos Investimentos, foram considerados somente aqueles elencados no Quadro 5 do Edital⁷⁰ de licitação, conforme demonstrado na Tabela 54 do Apêndice M.

⁷⁰ Itens elencados no Quadro 5 do Anexo V do Edital.

Em regra, não foram computadas as alterações contidas nos Termos Aditivos ao Contrato ou as eventuais inexecuções ao longo da concessão, o que diferenciou o presente cálculo do procedimento adotado na avaliação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

A maioria dos Investimentos foi computada pelo setor técnico segundo o valor e o cronograma de execução indicados na Proposta Comercial vencedora, a saber:

1. Obras de ampliação e recuperação:

- 1.2.** Duplicação ES-060 / trecho Graçaí a Meaípe
- 1.7.** Interligação Av. Carlos Lindemberg a 3ª Ponte
- 1.8.** Recuperação e modernização da 3ª Ponte
- 1.9.** Conservação Especial

2. Desapropriações

- 2.1.** Desapropriações

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
- 3.5.** Sistema de Atendimento ao Usuário
- 3.6.** Sistema de Monitoração e Controle do Tráfego
- 3.7.** Centro de Controle Operacional / Sistema de Telecomunicação
- 3.8.** Equipamentos e Veículos da Administração

A equipe do TCEES procedeu à avaliação dos itens **1.1**, **1.3** e **1.4** dos Investimentos, com base nos preços referenciais de engenharia, vigentes em outubro de 1998, segundo os critérios e cálculos descritos nos Apêndices B e D do Relatório de Auditoria, sem computar as alterações trazidas por aditamentos contratuais e mantendo o cronograma de execução da Proposta Comercial:

1. Obras de ampliação e recuperação:

- 1.1.** Duplicação ES-060 / trecho Rodovia Darly Santos a Setiba
- 1.3.** Duplicação da ponte do rio Jucu
- 1.4.** Implantação do Complexo da Praça do Pedágio na Rodovia do Sol

Também foram calculados os preços dos itens **1.5** e **1.6** dos Investimentos, abaixo relacionados, a fim de combinar as alterações contidas nos Aditivos Contratuais com os valores da Proposta vencedora, mantido o cronograma de execução original (f. 10.683):

1. Obras de ampliação e recuperação:

- 1.5.** Contorno de Guarapari / Setiba a Praia de Graçaí (1ª pista)
- 1.6.** Contorno de Guarapari / Setiba a Praia de Graçaí (2ª pista)

Segue a comparação entre a Proposta Comercial e o cálculo dos Investimentos elaborado pela equipe do TCEES:

Apêndice M, tabela 54 f. 13.141	a. Proposta Comercial (R\$ x 1.000)	b. RA (R\$ x 1.000)	Diferença (a-b)
1. Obras de ampliação e recuperação:	138.133,00	127.067,00	11.067,00
1.1. Duplicação ES-060 / Darly Santos a Setiba	28.516,00	20.683,00	7.833,00
1.2. Duplicação ES-060 / Graçaí a Meaípe	3.100,00	3.100,00	0,00
1.3. Duplicação da ponte do rio Jucu	3.072,00	1.690,00	1.382,00
1.4. Implantação do Complexo da Praça do Pedágio na Rodovia do Sol	1.558,00	1.161,00	397,00
1.5. Contorno de Guarapari / Setiba a Praia de Graçaí (1ª pista)	27.448,00	26.428,00	1.020,00
1.6. Contorno de Guarapari / Setiba a Praia de Graçaí (2ª pista)	11.703,00	11.268,00	435,00
1.7. Interligação Av. C. Lindemberg a 3ª Ponte	5.685,00	5.685,00	0,00
1.8. Recuperação e modernização da 3ª Ponte	21.357,00	21.357,00	0,00
1.9. Conservação Especial	35.694,00	35.694,00	0,00
2. Desapropriações:	5.000,00	5.000,00	0,00
2.1. Desapropriações	5.000,00	5.000,00	0,00
3. Infraestrutura para serviços de operação, conservação e administração:	5.129,00	5.129,00	0,00
3.1. Sistema de Arrecadação	1.932,00	1.932,00	0,00
3.2. Posto Geral de Fiscalização	1.042,00	1.042,00	0,00
3.3. Sistema de Pesagem Móvel	513,00	513,00	0,00
3.4. Sistema de Controle de Velocidade	192,00	192,00	0,00
3.5. Sistema de Atendimento ao Usuário	693,00	693,00	0,00
3.6. Sist. de Monitoração e Controle do Tráfego	568,00	568,00	0,00
3.7. Centro de Controle Operacional / Sistema de Telecomunicação	189,00	189,00	0,00
3.8. Equipamentos e Veículos da Administração	0,00	0,00	0,00
Total de Investimentos*	148.261,00	137.196,00	11.065,00

* Os valores arredondados provocaram pequenas divergências nas somas.

Os Custos de Administração e Operação foram avaliados pela equipe técnica, segundo os critérios descritos nos Apêndices F a K do Relatório de Auditoria, sendo os resultados consolidados nas Tabelas 38, 40 e 48.

Os Custos com Mão de Obra operacional e administrativa foram apurados, em regra, a partir da comparação entre os cargos citados na Proposta Comercial e as funções equivalentes da Classificação Brasileira de Ocupações (CBO),

empregando-se os salários médios registrados no Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED).

A avaliação dos demais Custos de Administração e Operação adotou, em regra, as referências contidas no Estudo de Viabilidade Econômico-Financeira, elaborado para o Edital n. 1/1997.

Os Custos de Conservação foram avaliados com base nos relatórios de custos médios gerenciais do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), incluindo a conservação rotineira de pista simples e de pista dupla.

Segue a comparação entre a Proposta Comercial e o cálculo dos Custos elaborado pela equipe do TCEES:

	a. Proposta Comercial	b. RA	Diferença (a-b)
Custos de Administração e Operação – Mão de Obra	116.311,00	94.466,00	21.845,00
Custos de Administração e Operação – Outros Custos	50.737,00	37.326,00	13.011,00
Custos de Conservação	22.092,00	24.919,00	-2.827,00
Total de Custos	189.140,00	157.111,00	32.029,00

(R\$ x 1.000) valores arredondados

Segundo a equipe de auditoria, as Garantias e Seguros foram calculados segundo a metodologia descrita na Proposta Comercial vencedora, enquanto que os Tributos (PIS, COFINS, CPMF, Impostos e Contribuição Social sobre o Lucro) foram apurados de acordo com a legislação vigente no momento da licitação.

O Pagamento da Dívida com ORL e as Verbas destinadas ao Custeio da Fiscalização e ao Aparentamento da Polícia Rodoviária foram computadas conforme os valores fixados no Edital.

Embora cotada na Proposta Comercial vencedora, a Participação dos Empregados não foi considerada no cálculo do Fluxo de Caixa, por ausência de fundamento legal e de outros parâmetros para sua inclusão (f. 10.686).

A partir dos valores paradigmas apurados para Receita Tarifária, Investimentos, Custos e demais despesas, a equipe de auditoria apurou o Fluxo da Caixa da concessão, conforme consolidado na Tabela 57 do Apêndice M.

O setor técnico constatou que o valor máximo da Tarifa Básica de Pedágio (R\$ 0,95), fixado no Edital, geraria a Taxa Interna de Retorno (TIR) de 20,94%, garantindo, à concessionária, uma remuneração superior à cotada na Proposta Comercial (16,80%), baseada na TBP de R\$ 0,94.

Diante da pequena diferença entre as Tarifas Básicas (R\$ 0,95 e R\$ 0,94), a equipe técnica presumiu que a Taxa de Retorno gerada pela TBP de R\$ 0,95 seria muito próxima da TIR constante da Proposta vencedora (16,80%). De acordo com a equipe de auditoria, a grande discrepância entre as Taxas de Retorno (20,94% x 16,80%) seria um indício de sobrepreço.

Para reforçar a análise, a equipe técnica realizou outros cálculos, com base no Estudo de Viabilidade feito para a licitação de 1997, que foi utilizado como parâmetro quanto à Taxa de Retorno praticada no mercado, já que o Edital n. 1/1998 não trouxe referências sobre a aceitabilidade da TIR.

Segundo o Estudo de Viabilidade/1997, a concessionária deveria perceber uma remuneração correspondente às Taxas entre 18% e 20%.

De plano, a equipe técnica concluiu que a TIR de 20,94%, obtida a partir da Tarifa de R\$ 0,95, ultrapassava a remuneração máxima praticada no mercado (20%), indicando sobrepreço.

O setor técnico também apurou que as Tarifas Básicas de Pedágio, correspondentes à TIR mínima (18%) e máxima (20%), seriam de R\$ 0,82 (oitenta e dois centavos) e R\$ 0,91 (noventa e um centavos), conforme detalhado nas Tabelas 61 e 65 do Apêndice M.

Os resultados demonstraram que, mesmo aplicando-se Taxas maiores (18% e 20%) que a TIR cotada na Proposta Comercial (16,80%), as Tarifas Básicas (R\$

0,82 e R\$ 0,91) seriam inferiores à TBP contratada (R\$ 0,94) e ao valor máximo fixado no Edital (R\$ 0,95), indicando a existência de sobrepreço.

Em outra apuração, a equipe técnica constatou que a Tarifa Básica de Pedágio, correspondente à Taxa de Retorno contratada (16,80%), seria de R\$ 0,77 (setenta e sete centavos), conforme demonstrado na Tabela 69 do Apêndice M. O resultado indicaria que a Tarifa Básica cotada na Proposta Comercial (R\$ 0,94) continha sobrepreço.

Segundo a equipe do TCEES, o sobrepreço da Tarifa Básica de Pedágio contratada (R\$ 0,94) foi ocasionado, principalmente, pela superavaliação dos Investimentos e dos Custos administrativos e operacionais, cotados na Proposta Comercial, já que a avaliação dos encargos da concessão revelou valores menores que os contratados.

Com base nos cálculos realizados, a equipe de auditoria concluiu que houve sobrepreço tanto no valor máximo da TBP (R\$ 0,95), quanto na Tarifa vencedora (R\$ 0,94).

O Relatório de Auditoria defendeu que a existência de um vício anterior à contratação, correspondente ao sobrepreço na fase do certame, seria capaz de afastar a regra da imutabilidade da equação econômico-financeira do Contrato, tornando imprescindível sua alteração, a fim de corrigir os Investimentos e Custos superavaliados na Proposta Comercial.

b) Respostas à citação e à notificação

Não houve Citação. A equipe técnica não identificou o autor da estimativa da tarifa básica do Edital, mas observou que a pretensão punitiva já estava prescrita, pois os fatos datam da elaboração do instrumento convocatório (1998), sendo anteriores à Auditoria, em mais de 05 anos, sem a interferência de causas suspensivas ou interruptivas.

A ARSI e a Rodosol foram notificadas para prestar esclarecimentos.

A ARSI não apresentou justificativas sobre a matéria, limitando-se a afirmar que não foi o órgão responsável pela licitação, passando a responder pela fiscalização, controle e regulação da concessão somente a partir de 16/04/2010, data em que se consolidou a transferência de alguns direitos e obrigações contratuais do DER para a Agência. Alegou que não detém a prerrogativa de extinção contratual, ao contrário do que a equipe técnica propôs.

A Rodosol defendeu que não houve sobrepreço tarifário. Apresentou uma tabela com a revisão dos valores paradigmas apurados pela equipe técnica (f. 14.827 e 14.829), afirmando que a Tarifa Básica de Pedágio deveria ser de R\$ 0,98, para uma TIR de 20%, situação que afastaria o sobrepreço (doc. 20 e 21).

Questionou os cálculos constantes do Apêndice L, afirmando que seriam inadequados e que suas premissas e resultados estariam equivocados.

Refutou a metodologia empregada na avaliação dos Investimentos, destacando que a equipe técnica desconsiderou os Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) e a margem de tolerância de 12%, contrariando a Instrução Normativa TC n. 15/2009.

A concessionária também questionou a avaliação dos Custos com Mão de Obra Administrativa e Operacional, defendendo que o salário dos funcionários constituía ato discricionário da licitante.

c) Instrução Técnica Conclusiva

Quanto à ARSI, a área técnica anotou que a Agência não foi responsável pela elaboração do Edital, mas que responde por eventual alteração e extinção do Contrato.

O corpo técnico enfrentou todas as alegações da Rodosol, destacando que a estimativa da Receita Tarifária não foi questionada pela concessionária, mantendo-se o entendimento constante do Apêndice L.1, anexado à Instrução Conclusiva.

Por sua vez, a estimativa dos Investimentos foi questionada pela Rodosol, sendo analisada nos Apêndices D, M e L.2, mantendo-se os termos do Relatório de Auditoria.

Da mesma forma, os cálculos da equipe técnica foram mantidos quanto aos Custos de Operação e Administração (excluindo Mão de Obra) e aos Custos de Conservação Especial, que não foram questionados.

A análise conclusiva destacou que os questionamentos quanto ao Custo da Mão de Obra foram rejeitados, pois a Rodosol não apresentou documentos capazes de contrariar os cálculos técnicos, conforme anotado no Apêndice F (f. 25.454).

A área técnica informou que a Instrução Normativa TC n. 15/2009 foi observada, já que o BDI estava incluso nos cálculos, embora localizado em diversos Quadros, respeitando a estrutura exigida pelo próprio Edital.

Ressaltou que a localização do BDI seria irrelevante, pois a metodologia empregada baseou-se no Fluxo de Caixa, considerando todas as Saídas de recursos ao longo da concessão, inclusive todos os Custos Diretos e Indiretos.

Acrescentou que a margem de tolerância de 12% também foi incluída nos cálculos, favorecendo a concessionária.

O corpo técnico não conferiu os valores contidos nos documentos 20 e 21, apresentados na resposta da Rodosol, uma vez que as premissas nas quais se basearam foram rejeitadas.

O setor técnico observou que o sobrepreço da Tarifa Básica vencedora (R\$ 0,94) decorreu da insuficiência de dados no Edital (como a ausência do Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica e a incompletude do Projeto Básico), assim como dos valores contidos na Proposta Comercial, superiores aos preços de mercado.

A área técnica concluiu que a relação contratual estava materialmente desequilibrada, pois a Tarifa Básica contratada (R\$ 0,94) foi desproporcional ao objeto concedido, gerando uma remuneração exorbitante para a concessionária, às custas da oneração excessiva dos usuários.

Segundo a Conclusiva, a concessão pública deveria equilibrar, de um lado, a prestação adequada do serviço público, incluindo a modicidade tarifária, e, de outro lado, o retorno lucrativo e seguro para a concessionária.

Nesse aspecto, seria inadmissível a existência de uma remuneração exorbitante para a concessionária, por contrariar o equilíbrio da relação econômico-financeira, baseado na equivalência de encargos e recompensas, tal como previsto no art. 6º, § 1º, da Lei n. 8.987/1995⁷¹.

Considerando que o serviço concedido se submete aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, o corpo técnico acrescentou que, nessas licitações, as propostas comerciais também deveriam ser avaliadas quanto à conformidade aos preços de mercado, à exequibilidade e à ausência de sobrepreço, mesmo quando a disputa fosse baseada no 'menor preço ou tarifa' ou quando o risco do empreendimento fosse atribuído à concessionária.

No caso concreto, a área técnica concluiu que a Comissão Especial de Licitação deveria ter desclassificado a Proposta Comercial vencedora, em razão do sobrepreço.

A análise conclusiva posicionou-se pela manutenção do Achado de Auditoria, destacando que o sobrepreço repercutiu na avaliação do equilíbrio contratual, abordada no próximo tópico.

⁷¹ **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.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Reiterou, ainda, que o Relatório de Auditoria não identificou o agente público responsável, mas que considerou sua conduta prescrita.

O **Ministério Público de Contas**, no Parecer n. 4365/2015, da lavra do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, acompanhou o setor técnico.

d) Voto

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.

A partir de tal premissa, fez-se necessário analisar se seria (ou não) impositiva a verificação da compatibilidade dos custos que compunham a proposta apresentada pela concessionária, que a fizeram alcançar o valor da TBP.

Em princípio, entendeu o corpo técnico que, apesar da preexistência da TBP máxima e da regularidade formal da TBP vencedora, mostrava-se necessário aferir sua coerência com as condições do mercado, em respeito ao princípio da modicidade tarifária, pressuposto das concessões públicas e direito dos usuários.

Em contraponto, 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 8.666/93⁷².

Não seria exigível, portanto, dos licitantes que identificassem, como proposto pelo corpo técnico, que o valor máximo permitido para 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.

Nesse sentido, importante suscitar lição exposta por **Adalberto Santos de Vasconcelos**, na obra “**O Equilíbrio Econômico-Financeiro nas Concessões de Rodovias Federais no Brasil**”⁷³, na qual identifica que, firmado o contrato de concessão, há de se presumir a condição de igualdade entre as partes contratantes, ou seja, presume-se o equilíbrio entre elas. Vejamos:

“A relação de equilíbrio econômico-financeiro deve ser mantida durante toda a execução contratual. Essa equação é intangível, pois não pode ser infringida. A citada manutenção diz respeito à impossibilidade de alterar-se apenas um dos lados da equação, sem a devida retribuição. [...]”

Justen Filho (2003, p.398) defende que a equação econômico-financeira estipulada entre o concessionário e o poder concedente, à época da licitação, é uma relação formal em que se pactuam quais serão as vantagens e os encargos acometidos ao concessionário, consubstanciado em sua proposta aceita pelo Estado. **Com essa aceitação, as partes contratantes estabelecem uma equivalência formal (equilíbrio), pois se pressupõem que há correspondência entre os encargos assumidos e as vantagens reconhecidas. ‘Daí se extrai, então, a possibilidade de que o equilíbrio**

⁷² 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.

⁷³ VASCONCELOS, Adalberto Santos de. **O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias federais no Brasil**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/equilibrio-economico-financeiro-nas-concessoes-de-rodovias-federais-no-brasil-o.htm>>. Acesso em 02 de agosto de 2019.

formal corresponda a um desequilíbrio material' (JUSTEN FILHO, 2003, p. 398).

O mesmo autor acrescenta, ainda, que após a aceitação, pelo poder concedente, da proposta formulada pelo futuro concessionário, 'a questão do desequilíbrio material torna-se juridicamente impertinente. Surge a presunção absoluta no sentido da equivalência entre vantagens e encargos' (JUSTEN FILHO, 2003, p. 398).

Com essas considerações feitas pelo eminente doutrinador, vê-se a importância dos estudos econômico-financeiros que balizarão a fixação dos encargos e retribuições do concessionário (tarifa do serviço, valor do pedágio, etc.) e a modelagem da concessão. Qualquer imperícia ou premissa mal elaborada ou cláusula mal formulada poderá ensejar desequilíbrio na relação que perdurará geralmente por cerca de 25 anos". (grifo nosso)

Partindo de tal premissa, não haveria como revisar a proposta vencedora da concessão, analisando a compatibilidade dos itens que a compõem, de forma a aferir, ponto a ponto, se todos os custos unitários corresponderiam a valores praticados no mercado na época, já que o marco inicial da concessão representa um ponto de equilíbrio da relação.

Reforço que, a partir do momento em que assumiu a concessão, a empresa concessionária assumiu o risco de atender às obrigações contratualmente previstas, no esteio da proposta apresentada, não havendo que se falar em recomposição do equilíbrio em favor ou desfavor da mesma, a não ser nos casos contratual e legalmente previstos.

Nesse mesmo sentido, há de ser observado que o único critério para aferir qual licitante se sagraria vencedor do certame, assumindo a gestão da concessão, 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.

Assim sendo, não me parece presumível considerar que uma empresa licitante teria algum interesse ou vantagem em supervalorizar índices de sua composição

de custos – como indica o corpo técnico –, 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.

Também 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 do Estudo de Viabilidade de 1997, que sequer foi considerado 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.

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 dos prejuízos e da constatação de desequilíbrio na relação contratual deva ser realizada a partir da existência 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.

II.17. Desequilíbrio econômico-financeiro da concessão (item 2.18 do Relatório de Auditoria e 3.17 da Instrução Técnica Conclusiva)

a) Relatório de Auditoria

A equipe multidisciplinar definiu o equilíbrio econômico-financeiro como a relação entre os encargos da concessão e a remuneração da concessionária, consolidados na Proposta Comercial vencedora, após um processo licitatório isento de vícios, conforme prescrito no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal⁷⁴, no art. 9º, §§ 2º a 4º, da Lei n. 8.987/1995⁷⁵, nos artigos 58, inciso I e

⁷⁴ **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 legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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.

⁷⁵ **Art. 9º** A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

§§1º e 2º, e 65, inciso II, letra *d*, e §§ 5º e 6º, da Lei n. 8666/1993⁷⁶, bem como na cláusula contratual XX, itens 1 a 3⁷⁷.

O setor técnico destacou que, em regra, as condições efetivas da Proposta deveriam ser preservadas ao longo do contrato, por meio de mecanismos como o reajuste tarifário e a revisão contratual.

Ressaltou, entretanto, que a imutabilidade da equação econômico-financeira não protegeria os vícios preexistentes do sobrepreço do Edital e da Proposta Comercial, conforme analisado no tópico anterior.

⁷⁶ **Art. 58.** O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

⁷⁷ **Cláusula XX**

Da Revisão da Tarifa Básica

1. O contrato será revisto para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre encargos e receita da concessão;

2. Rever-se-á, também, o valor da tarifa básica de pedágio na hipótese de suspensão da cobrança de pedágio ou redução do valor das tarifas de pedágio determinada por autoridade competente, da qual resulte frustração total ou parcial da receita que teria sido arrecada pela concessionária no período de suspensão ou redução tarifária;

3. Qualquer alteração nos encargos da concessionária importará na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deste contrato;

De acordo com a equipe do TCEES, a superavaliação dos Investimentos e Custos pela Proposta Comercial viciou a própria formação da equação contratual.

Somados ao sobrepreço inicial, a equipe técnica identificou outros fatores que afetaram a relação econômico-financeira da concessão, denominados “**Ocorrências**”. A análise objetivou verificar se o contrato se mantinha em equilíbrio econômico-financeiro ou se a remuneração da concessionária estava em patamar inferior, equivalente ou superior à contratada.

No Apêndice N do Relatório de Auditoria, a equipe do TCEES descreveu a metodologia de avaliação do equilíbrio contratual.

Adotou-se o mesmo método empregado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), e também recomendado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), partindo-se da premissa de que o equilíbrio econômico-financeiro é determinado pela manutenção da Taxa Interna de Retorno (TIR) ao longo do contrato.

A metodologia baseou-se no Fluxo de Caixa (FC) da concessão, considerando a repercussão de cada Ocorrência sobre as Entradas (Receitas) e as Saídas de Caixa (Investimentos, Custos, demais despesas), sem financiamento, durante os 25 anos do contrato.

Na composição do Fluxo de Caixa, a equipe técnica respeitou a estrutura estabelecida no Quadro 14 do Anexo V do Edital de licitação, quadro que também foi preenchido na Proposta Comercial (f. 3.729 e 13.174).

Em seguida, o setor técnico apurou o Valor Presente Líquido (VPL) da concessão, expresso pela fórmula⁷⁸
$$VPL = \sum_{t=0}^N \frac{FC_t}{(1+TIR)^t}$$

⁷⁸ Sendo FC_t – Fluxo de Caixa Líquido no período t, TIR – Taxa Interna de Retorno, t=0 – ano inicial da concessão, N – tempo total da concessão.

O resultado do VPL igual a zero corresponderia ao equilíbrio contratual, um valor positivo indicaria um benefício indevido para a concessionária e o resultado negativo representaria um desequilíbrio favorável ao Concedente.

Definida a metodologia, a equipe do TCEES detalhou os eventos que provocaram o desequilíbrio contratual, até 31 de dezembro de 2012, incluindo a avaliação dos Investimentos e Custos, no total de 16 Ocorrências, constantes do Apêndice O, a saber:

1. Avaliação dos Investimentos;
2. Aplicação de redutor na tarifa de pedágio da Terceira Ponte;
3. Congelamento da tarifa de pedágio da Terceira Ponte;
4. Atraso na homologação do reajuste tarifário;
5. Isenção do pedágio para os ônibus do Sistema Transcol;
6. Suspensão da cobrança da outorga;
7. Recebimento de receitas alternativas;
8. Mudanças na legislação da COFINS;
9. Mudanças na legislação do PIS;
10. Mudanças na legislação da CPMF;
11. Repasses e exclusão da Verba para Custeio da Fiscalização;
12. Criação da Taxa de Regulação e de Fiscalização do Serviço Público e Infraestrutura Viária – TRV;
13. Repasses da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária;
14. Não concessão do reajuste tarifário em 2008 e 2009;
15. Avaliação dos custos de mão de obra operacional e administrativa;
16. Avaliação dos custos operacionais e administrativos, exclusive mão de obra.

Os fatores a seguir não foram considerados como Ocorrências de desequilíbrio (f. 10.743):

- Eventos posteriores a 31/12/2012.
- Acréscimo na Verba Rescisória da ORL: o item foi considerado irregular pela equipe técnica, conforme tópico 2.8 do Relatório de Auditoria.

- Arredondamento tarifário: estava autorizado na cláusula contratual XVIII e deveria ser submetido à compensação.
- Multiplicadores tarifários das categorias de veículos 3 e 5: foram reduzidos pelo 4º Termo Aditivo, que também afastou, expressamente, qualquer demanda de reequilíbrio.
- Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS): não desequilibrou o contrato, pois incidiu sobre a tarifa, sendo custeado diretamente pelo usuário. A equipe técnica recomendou a elaboração de um Aditivo incluindo o ISS na fórmula do reajuste tarifário.

Nas tabelas do Apêndice P, seguindo a mesma formatação constante do Quadro 14 do Anexo V do Edital, foi demonstrada a repercussão das 16 Ocorrências sobre o Fluxo de Caixa da concessão. O setor técnico utilizou a planilha de cálculos da ARSI, denominada “Simulador”, após adaptações.

Aplicando a fórmula do Valor Presente Líquido (VPL), a equipe de auditoria constatou que a Taxa Interna de Retorno (TIR) alcançou 27,39%, indicando um desequilíbrio que beneficiou a concessionária, pois o retorno do empreendimento se mostrou superior ao previsto na Proposta Comercial (16,80%).

A equipe técnica aplicou a TIR de 16,80% sobre o Fluxo de Caixa, apurado após as 16 Ocorrências, obtendo o VPL de R\$ 22.637.724,97 (data-base de outubro/1998). Esse resultado também indicou que a concessão estava desequilibrada em benefício da concessionária, pois a situação de equilíbrio contratual geraria um VPL igual a zero.

De acordo com a área técnica, atualizado para a data-base de outubro de 2013, o VPL/1998 (R\$ 22.637.724,97) atingiu o montante de R\$ 798.797.863,66.

Esse valor foi calculado por meio da multiplicação do VPL/1998 pela TIR contratual elevada à potência 16⁷⁹ e, em seguida, atualizado até outubro de 2013, conforme o índice de reajuste contratual.

Segundo a equipe técnica, após a incidência das 16 Ocorrências de desequilíbrio, restou demonstrado que a Rodosol obteve ganhos exorbitantes, violando o princípio da modicidade tarifária, disposto no art. 6^a, § 1^o, da Lei 8987/1995⁸⁰.

Diante dessa constatação, o Poder Concedente deveria promover a revisão contratual, restabelecendo o equilíbrio econômico-financeiro.

Nessa hipótese, a equipe técnica afirmou que seria necessário gerar, até o término da concessão, um VPL também igual a R\$ 22.637.724,97, mantendo-se a TIR em 16,80%, conforme previsto na Proposta Comercial.

Para verificar tal possibilidade, a equipe técnica estimou o Fluxo de Caixa no período de 2013 a 2023 e calculou o VPL daquele período, que alcançou R\$ 10.800.772,63 (data-base: outubro/1998). Considerando que o resultado foi inferior a R\$ 22.637.724,97, a equipe de auditoria concluiu que o equilíbrio não poderia ser restabelecido até o fim da concessão, conforme transcrito (f. 10.504):

“Como apresentado, o desequilíbrio registrado, até o dia 31 de dezembro de 2012, é expresso no Valor Presente Líquido de Caixa no Período 0 (ano 1998; descontado à TIR de 16,80%) igual a R\$ 22.637.724,97 (*vinte e dois milhões, seiscentos e trinta e sete mil, setecentos e vinte e quatro reais e noventa e sete centavos*), com data-base em outubro de 1998. Para existir possibilidade de retorno ao equilíbrio, o empreendimento deveria ser capaz de gerar, na soma

⁷⁹ **Nota de Rodapé n. 125 do Relatório de Auditoria** (f. 10.503):

“A capitalização do valor do VPL até 2014 (16 anos de Concessão) é obtida pela multiplicação de seu valor no período zero (ano 1998) pela TIR projetada na Proposta Comercial (16,80%), elevada a 16. Matematicamente, tem-se: VPL em 2014 = VPL em 1998 x 1,168014. Além disso, a atualização monetária do valor de 1998 para 2013 segue a sistemática deste relatório de se utilizar o índice paramétrico de reajuste, previsto no contrato”.

⁸⁰ **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.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

dos saldos de caixa anuais dos períodos restantes (2013 a 2023), um Valor Presente Líquido de Caixa no Período 0 (ano 1998; descontado à TIR de 16,80%) de igual monta.

Porém, conforme apresentado no Fluxo de Caixa do Empreendimento (Quadro QD14), após o impacto das ocorrências tratadas no Apêndice O, apresentado na Tabela 111, fls. 10846 e seguinte, Apêndice P deste Relatório de Auditoria, os saldos de caixa anuais do empreendimento, sem financiamento (não alavancado), a partir do ano de 2013 até o final da Concessão, totalizam R\$ 223.737.081,22 (*duzentos e vinte e três milhões, setecentos e trinta e sete mil, oitenta e um reais e vinte e dois centavos*), em valores nominais com data-base em outubro de 1998, equivalentes a R\$ 657.830.539,03 (*seiscentos e cinquenta e sete milhões, oitocentos e trinta mil, quinhentos e trinta e nove reais e três centavos*), em valores nominais com data-base em outubro de 2013.

Ao se descontar os saldos anuais (a partir do ano de 2013) do fluxo de caixa após o impacto das ocorrências, apresentado na Tabela 111, fls 10846, 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 data-base em outubro de 1998. Portanto, inferior ao montante que representa o desequilíbrio contratual até o dia 31 de dezembro de 2012.”

De acordo com a equipe técnica, ainda que a Rodosol deixasse de cobrar as tarifas de pedágio, o reequilíbrio não seria atingido. Nesse caso, a TIR seria de 23,46%, permanecendo superior à Taxa de Retorno contratual. E, com base na TIR de 16,80%, o VPL alcançaria R\$ 7.793.104,76 (data-base: outubro/1998), indicando, também, um desequilíbrio em favor da concessionária.

Desse modo, a equipe do TCEES relatou que o prazo contratual restante não seria suficiente para o reequilíbrio da concessão, tornando economicamente inviável a revisão do contrato pelo Poder Concedente.

A análise dos 16 eventos de desequilíbrio consta dos subitens **II.17.1** a **II.17.16** do Voto, localizados após as seções “**b**”, “**c**” e “**d**” do presente tópico.

b) Respostas à citação e à notificação

Não houve Citação. A equipe técnica esclareceu que os responsáveis foram identificados nos Achados de Auditoria anteriores, dos quais o presente tópico seria mera decorrência.

A ARSI e a Rodosol foram notificadas para prestar esclarecimentos.

A ARSI informou que estava realizando os estudos iniciais sobre o equilíbrio contratual, que poderiam incluir novos eventos, como as decisões judiciais pela suspensão da tarifa ou pela tarifação baseada exclusivamente na manutenção da Terceira Ponte, além de outros ajustes, como a demanda por estudos sobre mobilidade urbana.

Destacou que o equilíbrio econômico-financeiro da concessão deveria ser analisado, estritamente, com base na metodologia da Fundação Getúlio Vargas (FGV), também empregada no processo TC n. 4574/2009.

O método da FGV baseou-se na manutenção das condições efetivas da Proposta Comercial, pressuposto que, segundo a ARSI, não foi observado pela equipe do TCEES.

A Agência argumentou que seus estudos iniciais não apontaram ganhos exorbitantes para a concessionária, ao contrário do que constatou o Relatório de Auditoria.

Em sua resposta, a ARSI também alegou que não detinha atribuição para a extinção do contrato.

Solicitou, ainda, que eventual Determinação, no sentido de promover a avaliação contratual ou apurar o débito da concessionária, pudesse ser cumprida por meio de um plano de ação, com prazo superior ao sugerido pela equipe de auditoria (30 dias).

A Rodosol respondeu à notificação e apresentou um relatório (f. 14.831), elaborado pela MB Consultoria e Projetos, em junho de 2014, contendo considerações sobre a avaliação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Argumentou que não havia desequilíbrio contratual em detrimento do Concedente, mas sim em prejuízo da concessionária, já que, naquela data, a TIR real seria de 10,76%, percentual baseado nas receitas e despesas efetivamente auferidas e executadas pela empresa (f. 14.838).

No relatório da MB Consultoria e Projetos, a equação econômico-financeira também foi avaliada a partir das estimativas de Entradas e Saídas de Caixa (f. 14.880), tendo por base a Proposta Comercial, os aditamentos contratuais e as Ocorrências até 2012.

Esse cálculo resultou na Taxa Interna de Retorno (TIR) de 16,01%, para o Valor Presente Líquido (VPL) aproximado de 2,42 milhões de reais (data-base de outubro de 1998), equivalente a 85,74 milhões de reais (data-base de outubro de 2013), conforme resumido na tabela seguinte:

Vol. 66, f. 14.880	Rodosol* (R\$ x 1.000)**
1. Entrada de Caixa	841.960,00
Receita Tributária	791.621,00
Outras Receitas	50.339,00
2. Saída de Caixa	583.894,00
Custos Administração, Operação e Conservação	189.144,00
Valor da Outorga da Concessão	0,00
Seguros / Garantias	11.966,00
Pagamento da Dívida com ORL	11.500,00
Investimento da Concessionária	156.004,00
Tributos	71.500,00
Impostos sobre o Lucro	127.254,00
Verba de Fiscalização – DER / Polícia Rodoviária e TRV	8.320,00
Participação dos Empregados	7.906,00
Rescisão de contratos	305,00
Saldo de Caixa Atual (1 - 2)	258.069,00
Taxa Interna de Retorno	16,01%

* Soma dos valores constantes da tabela de f. 14.880.

** Valores aproximados.

A Rodosol defendeu que o desequilíbrio, em seu prejuízo, foi provocado pelo descumprimento contratual e pela falta de revisão sistemática do contrato, além do elevado risco regulatório e do imensurável risco político.

A concessionária afirmou que a metodologia utilizada pela equipe técnica foi inadequada, pois ignorou a matriz de risco do contrato.

Alegou que as variáveis de Investimentos e Custos não poderiam ser redimensionadas pela equipe do TCEES, pois constituíam risco contratual da concessionária.

Explicou, ainda, que eventual alteração dessas variáveis exigiria a revisão do volume de tráfego de acordo com o efetivamente realizado, a fim de manter a coerência metodológica.

A Rodosol destacou que sua Proposta Comercial respeitou o critério de julgamento do certame, correspondente à menor tarifa básica.

Acerca da cotação de Investimentos e Custos, defendeu que tais valores objetivaram apenas demonstrar a viabilidade da Proposta, já que o Edital não exigiu a apresentação da composição de preços pelas licitantes.

Dentre as 16 Ocorrências de desequilíbrio, indicadas pela equipe do TCEES, a concessionária questionou 04, quais sejam:

Ocorrência 1. Avaliação dos Investimentos;

Ocorrência 5. Isenção do pedágio para os ônibus do Sistema Transcol;

Ocorrência 15. Avaliação dos custos de mão de obra operacional e administrativa;

Ocorrência 16. Avaliação dos custos operacionais e administrativos, exclusive mão de obra.

De acordo com a MB Consultoria e Projetos, as demais Ocorrências de desequilíbrio foram acolhidas pela Rodosol, segundo apurado pela equipe técnica (f. 14.877), a saber:

- Ocorrência 2.** Aplicação de redutor na tarifa de pedágio da Terceira Ponte;
- Ocorrência 3.** Congelamento da tarifa de pedágio da Terceira Ponte;
- Ocorrência 4.** Atraso na homologação do reajuste tarifário;
- 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 e Infraestrutura Viária – TRV;
- Ocorrência 13.** Repasses da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária;
- Ocorrência 14.** Não concessão do reajuste tarifário em 2008 e 2009.

Conforme anotado na seção “a” do presente tópico, as principais constatações e questionamentos sobre os 16 eventos de desequilíbrio foram resumidos nos subitens II.17.1 a II.17.16, localizados após as seções “c” e “d” abaixo.

c) Instrução Técnica Conclusiva

O corpo técnico enfrentou todos os argumentos da ARSI e da Rodosol.

Frisou que a metodologia da Fundação Getúlio Vargas (FGV), também adotada no processo TC n. 4574/2009, foi estritamente econômica, pressupondo que a escolha da melhor oferta adveio de uma efetiva disputa licitatória em que os valores contidos na Proposta Comercial estariam em conformidade com os preços de mercado.

Segundo a área técnica, o método da FGV foi baseado numa situação ideal, em que a relação econômico-financeira nasceu equilibrada e o contrato foi regularmente cumprido.

Por sua vez, a abordagem da presente Auditoria desconsiderou as premissas do equilíbrio inicial e da plena execução das obrigações contratadas, buscando verificá-las.

O corpo técnico concluiu que a análise efetuada no processo TC n. 4574/2009, com base na metodologia da FGV, não conflitou com o método adotado nos presentes autos, pois a profundidade dos escopos foi distinta. Ressaltou que semelhante abordagem foi realizada pelo TCU⁸¹, em auditoria acerca da concessão de rodovias federais, oportunidade na qual foram avaliadas a Tarifa de Pedágio e as estimativas de Investimentos e Custos, tal como realizado pelo TCEES.

A área técnica esclareceu que a doutrina tradicional defende a intangibilidade das condições iniciais da contratação, pressupondo a existência do perfeito equilíbrio entre os interesses público e privado, capaz de assegurar a justa remuneração do objeto concedido.

Entretanto, o setor técnico coadunou-se a outra parcela da doutrina, para a qual a imutabilidade da proposta inicial pressupõe a regularidade do procedimento licitatório, buscando proteger o direito do contratado à justa remuneração. A presença de vícios com reflexos na equação contratual, como o sobrepreço, é suficiente para afastar a regra da intangibilidade.

Desse modo, a preservação das condições efetivas da Proposta Comercial não permite a existência de lucros exorbitantes ou a cobrança de tarifas desproporcionais, sendo que as cláusulas contratuais nesse sentido devem ser consideradas nulas.

O corpo técnico reforçou que o Contrato n. 1/1998 apresentou sobrepreço, pois os Investimentos e os Custos Operacionais e Administrativos, constantes da Proposta Comercial vencedora, mostraram-se superiores aos preços

⁸¹ Processo 006.319/2000 – Decisão 1502/2002.

referenciais, conforme apontado no item **3.16** da Conclusiva – Sobrepreço da tarifa básica de pedágio.

Nesses termos, a análise conclusiva ratificou a metodologia empregada pela equipe de auditoria na avaliação do equilíbrio contratual, ancorada na possibilidade de revisão dos valores inicialmente contratados.

A área técnica observou que apenas as Ocorrências **1, 5, 15 e 16** foram questionadas pela concessionária, quais sejam:

Ocorrência 1. Avaliação dos Investimentos;

Ocorrência 5. Isenção do pedágio para os ônibus do Sistema Transcol;

Ocorrência 15. Avaliação dos custos de mão de obra operacional e administrativa;

Ocorrência 16. Avaliação dos custos operacionais e administrativos, exclusive mão de obra.

As demais Ocorrências foram aceitas pela Rodosol, razão pela qual o entendimento técnico foi mantido, conforme a análise constante do Relatório de Auditoria, a saber:

Ocorrência 2. Aplicação de redutor na tarifa de pedágio da Terceira Ponte;

Ocorrência 3. Congelamento da tarifa de pedágio da Terceira Ponte;

Ocorrência 4. Atraso na homologação do reajuste tarifário;

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 e Infraestrutura Viária – TRV;

Ocorrência 13. Repasses da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária;

Ocorrência 14. Não concessão do reajuste tarifário em 2008 e 2009.

Dentre os eventos de desequilíbrio questionados, a Conclusiva acolheu os argumentos quanto aos itens **15** e **16**, relativos a Custos Operacionais e Administrativos, passando a adotar os valores cotados na Proposta Comercial, para fins de avaliação econômico-financeira do Contrato, segundo analisado nos subitens **II.17.15** e **II.17.16**.

A área técnica rejeitou os questionamentos acerca das Ocorrências 1 e 5, que foram mantidas de acordo com o Relatório de Auditoria, conforme descrito nos subitens **II.17.1** e **II.17.5**.

Considerando que os Custos Operacionais e Administrativos passaram a ser computados de acordo com a Proposta Comercial, o corpo técnico recalculou a situação econômico-financeira do contrato, até 31 de dezembro de 2012, segundo demonstrado no Apêndice P da Conclusiva.

Apurado o novo Fluxo de Caixa da concessão, a Taxa Interna de Retorno (TIR) atingiu 24,59%, para um Valor Presente Líquido (VPL) igual a zero.

Aplicando-se a TIR contratual (16,80%) sobre o novo Fluxo de Caixa, o VPL alcançou R\$ 17.383.274,75, na data-base de outubro de 1998, conforme resumido na Tabela seguinte:

Apêndice P, tabela 17	Conclusiva (R\$ x 1.000)*
1. Entrada de Caixa	843.929,00
Receita Tributária	832.697,00
Cobrança ISS	41.884,00
Acréscimo TRV	3.938,00
Outras Receitas:	-34.589,00
Publicidade	4.526,00
Isenção Transcol (-)	-12.483,00
Atraso de Reajuste (+/-)	-656,00
Anos 2008/2009	-15.653,00
Anos 2003 a 2005	-10.323,00
2. Saída de Caixa	535.758,00
Custos Administração, Operação e Conservação	189.140,00
Valor da Outorga da Concessão	0,00
Seguros / Garantias	11.964,00
Pagamento da Dívida com ORL	11.500,00
Investimento da Concessionária	79.415,00
Tributos	75.161,00
Impostos sobre o Lucro	150.891,00
Verba de Fiscalização – DER / Polícia Rodoviária	3.669,00
TRV	4.650,00
Participação dos Empregados	9.369,00
Rescisão de contratos (incluída pela Rodosol)	0,00
Saldo de Caixa Atual (1 - 2)	308.172,00
Taxa Interna de Retorno	24,59%
Valor Presente Líquido (VPL) – TIR = 16,80%	17.383,00

* Valores aproximados; R\$ x 1.000.

Após a capitalização e a atualização monetária, segundo o procedimento descrito no Relatório de Auditoria, o VPL atingiu o montante de R\$ 613.388.613,57, na data-base de outubro de 2013.

A área técnica afirmou que o cálculo do equilíbrio econômico-financeiro pretendeu apenas ilustrar a situação contratual até 31 de dezembro de 2012, destacando que caberia à ARSI apurar o montante real, incluindo as ocorrências posteriores.

O corpo técnico posicionou-se pela manutenção do Achado de Auditoria, propondo os seguintes encaminhamentos:

- ⇒ Se a proposta de nulidade for acolhida, assinar prazo para que a ARSI promova a avaliação econômico-financeira do Contrato, até sua efetiva extinção, e apure o débito da concessionária, considerando como eventos de desequilíbrio as Ocorrências mantidas no Apêndice O da Instrução Conclusiva;
- ⇒ Se a proposta de nulidade for rejeitada, assinar prazo para que a ARSI promova novo reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, considerando como eventos de desequilíbrio as Ocorrências mantidas no Apêndice O da Instrução Conclusiva.

O **Ministério Público de Contas**, no Parecer n. 4365/2015, da lavra do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, acompanhou a área técnica.

Conforme mencionado nas seções “a” e “b” do presente tópico, as principais constatações sobre os 16 eventos de desequilíbrio foram resumidas nos subitens **II.17.1** a **II.17.16**, localizados após a seção “d” abaixo.

d) Voto

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.

Quanto ao equilíbrio inicialmente estabelecido no contrato, **Adalberto Santos de Vasconcelos**, na obra “**O Equilíbrio Econômico-Financeiro nas Concessões de Rodovias Federais no Brasil**”⁸², sustenta:

“A relação de equilíbrio econômico-financeiro deve ser mantida durante toda a execução contratual. Essa equação é intangível, pois não pode ser infringida. A citada manutenção diz respeito à impossibilidade de alterar-se apenas um dos lados da equação, sem a devida retribuição. [...]”

⁸² VASCONCELOS, Adalberto Santos de. **O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias federais no Brasil**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/equilibrio-economico-financeiro-nas-concessoes-de-rodovias-federais-no-brasil-o.htm>>. Acesso em 02 de agosto de 2019.

Justen Filho (2003, p.398) defende que a equação econômico-financeira estipulada entre o concessionário e o poder concedente, à época da licitação, é uma relação formal em que se pactuam quais serão as vantagens e os encargos acometidos ao concessionário, consubstanciado em sua proposta aceita pelo Estado. Com essa aceitação, as partes contratantes estabelecem uma equivalência formal (equilíbrio), pois se pressupõem que há correspondência entre os encargos assumidos e as vantagens reconhecidas. 'Daí se extrai, então, a possibilidade de que o equilíbrio formal corresponda a um desequilíbrio material' (JUSTEN FILHO, 2003, p. 398).

O mesmo autor acrescenta, ainda, que após a aceitação, pelo poder concedente, da proposta formulada pelo futuro concessionário, 'a questão do desequilíbrio material torna-se juridicamente impertinente. Surge a presunção absoluta no sentido da equivalência entre vantagens e encargos' (JUSTEN FILHO, 2003, p. 398).

Com essas considerações feitas pelo eminente doutrinador, vê-se a importância dos estudos econômico-financeiros que balizarão a fixação dos encargos e retribuições do concessionário (tarifa do serviço, valor do pedágio, etc.) e a modelagem da concessão. Qualquer imperícia ou premissa mal elaborada ou cláusula mal formulada poderá ensejar desequilíbrio na relação que perdurará geralmente por cerca de 25 anos”.

Feitas tais considerações, eventual desequilíbrio econômico-financeiro da concessão deve ser apurado mediante a observância de determinados critérios, que embasam a distribuição dos riscos e obrigações impostas a cada um dos contratantes.

Em princípio, deve-se ter como premissa que o contrato de concessão não pode ser entendido como um instrumento *estático*, que não permita a alteração de suas condições. Deve-se considerar a possibilidade de adaptação a uma nova realidade, de forma a garantir a continuidade da prestação do serviço e o atendimento ao interesse público.

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.

Um exemplo de *álea ordinária* é a flutuação no lucro advindo da concessão (para mais ou para menos), o que não possibilita a revisão de cláusulas contratuais, já que o concessionário explora o serviço por sua conta e risco.

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.

Pode-se, por exemplo, repassar integralmente ao concessionário os riscos atinentes ao custo de construção, à variação de projeção de tráfego, aos custos pertinentes às indenizações por desapropriação, entre outros.

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.

Podem ser exemplificadas no poder de *alteração unilateral do contrato*, previsto no artigo 9º, §4º, da Lei n.º 8.987/95⁸³, no *fato do príncipe* – possibilidade de ato

⁸³ **Art. 9º** A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

da Administração, que não o poder concedente, impacte na concessão (a criação ou alteração de tributo, por exemplo) – e no *fato da administração* – que é ato do poder concedente que torne impossível a execução do contrato ou impacte no seu equilíbrio.

Há, ainda, o *fato de força maior*. No entanto, por ser estranho à vontade das partes e gerar a impossibilidade no prosseguimento da relação entre elas, isenta qualquer das partes de sanção.

Nesse contexto, 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.

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.

Exemplificativamente, as mudanças na legislação do PIS, COFINS e CPMF constituíram eventos da álea extraordinária administrativa, enquanto que a alteração dos Investimentos por meio de Aditivos Contratuais inseriu-se na álea extraordinária econômica, sendo que, conforme a distribuição dos riscos prevista no Contrato 01/98, ambas as modificações autorizaram a revisão contratual, com o fim de restabelecer o equilíbrio da concessão.

O presente tópico objetiva definir as premissas aplicáveis à avaliação econômico-financeira do Contrato 01/98, bem como os eventos que afetaram o equilíbrio contratual, respeitando-se os limites relativos ao período da auditoria (até 2012) e ao conteúdo dos autos.

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.

De acordo com as cláusulas editalícias e contratuais, a apuração do equilíbrio da concessão deve ser realizada por meio do Fluxo de Caixa, no qual são computadas as receitas e despesas estimadas ao longo do contrato, que, juntamente com a TIR, resultarão no Valor Presente Líquido (VPL) da concessão.

Na Instrução Técnica Conclusiva, após a análise das justificativas encaminhadas pelas partes citadas e notificadas, a área técnica calculou o Fluxo de Caixa da concessão, considerando os eventos de desequilíbrio contratual abordados mais adiante.

Tendo em vista que a concessionária apresentou cálculos diversos, segue a tabela comparativa:

Apêndice P, tabela 17 Vol. 66, f. 14.880	a. Conclusiva*	b. Rodosol*	Diferença* (a-b)
1. Entrada de Caixa	843.929,00	841.960,00	1.969,00
Receita Tributária	832.697,00	791.621,00	41.076,00
Cobrança ISS	41.884,00	-	-
Acréscimo TRV	3.938,00	-	-
Outras Receitas:	-34.589,00	50.339,00	
Publicidade	4.526,00		
Isenção Transcol (-)	-12.483,00		
Atraso de Reajuste (+/-)	-656,00		
Anos 2008/2009	-15.653,00		
Anos 2003 a 2005	-10.323,00		
2. Saída de Caixa	535.758,00	583.894,00	-48.136,00
Custos de Administração, Operação e Conservação	189.140,00	189.144,00	-4,00
Valor da Outorga da Concessão	0,00	0,00	0,00
Seguros / Garantias	11.964,00	11.966,00	-2,00
Pagamento da Dívida com ORL	11.500,00	11.500,00	0,00
Investimento da Concessionária	79.415,00	156.004,00	-76.589,00
Tributos	75.161,00	71.500,00	3.661,00
Impostos sobre o Lucro	150.891,00	127.254,00	23.637,00
Verba de Fiscalização – DER / Polícia Rodoviária	3.669,00	8.320,00	-1,00
TRV	4.650,00		
Participação dos Empregados	9.369,00	7.906,00	1.463,00
Rescisão de contratos (incluída pela Rodosol)	0,00	305,00	-305,00
Saldo de Caixa Atual (1 - 2)	308.172,00	258.069,00	50.103,00
Taxa Interna de Retorno (VPL = 0)	24,59%	16,01%	
Valor Presente Líquido (TIR = 16,80%)	17.383,00		

* Valores aproximados; R\$ x 1.000.

Para efeito da avaliação do equilíbrio contratual, destaco a seguir as principais conclusões.

A Receita Tarifária foi calculada pela área técnica a partir da Tarifa Básica de Pedágio (TBP) prevista na Proposta Comercial, no valor de R\$ 0,94. Dessa forma, a TBP de R\$ 0,77, tratada no item II.16 deste Voto (Sobrepreço da Tarifa), não repercutiu no cálculo das Entradas de Caixa.

Os Custos de Administração, Operação e Conservação, incluindo Mão de Obra, foram computados segundo a proposta comercial vencedora, conforme analisado nos subitens II.17.15 e II.17.16, já que a área técnica acolheu os argumentos da Rodosol.

Os Investimentos foram incluídos no Fluxo de Caixa pelo montante apurado pela área técnica (R\$ 79.415.000,00), embora a Rodosol defendesse a quantia de R\$ 156.004.000,00. Conforme analisado no subitem II.17.1, a área técnica adotou critérios e procedimentos que resultaram em valores diferentes dos apresentados pela concessionária, como a avaliação de alguns investimentos pelos preços referenciais de engenharia e a desconsideração da Conservação Especial.

Segundo o Fluxo de Caixa calculado na Instrução Técnica Conclusiva, a situação de equilíbrio contratual (VPL igual a zero) 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 dos 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, utilizando os 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 Central⁸⁴.

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 na data de 31/12/2012 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.

⁸⁴ Consulta à Calculadora do Cidadão do Banco Central do Brasil.

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

A definição dos parâmetros, inclusive, mostra-se mais importante 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 ser 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.

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.

As Ocorrências seguintes foram aceitas pela Rodosol, razão pela qual o corpo técnico manteve o entendimento constante do Relatório de Auditoria, posição que acompanho:

Ocorrência 2. Aplicação de redutor na tarifa de pedágio da Terceira Ponte;

Ocorrência 3. Congelamento da tarifa de pedágio da Terceira Ponte;

Ocorrência 4. Atraso na homologação do reajuste tarifário;

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 e Infraestrutura Viária – TRV;
- Ocorrência 13.** Repasses da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária;
- Ocorrência 14.** Não concessão do reajuste tarifário em 2008 e 2009.

A fundamentação do voto sobre cada Ocorrência elencada pelo corpo técnico consta dos subitens II.17.1 a II.17.16.

II.17.1 – Ocorrência 1 – Avaliação dos Investimentos

a.1) Relatório de Auditoria

A Avaliação dos Investimentos consistiu na obtenção de um valor paradigma das obras realizadas, adotando-se os preços referenciais de engenharia como parâmetro do preço de mercado. Foi demonstrada nos Apêndices B, C, D e E do Relatório de Auditoria.

Incluiu todas as obras e serviços realizados, ou seja, aqueles que, até 31/12/2012, constavam da relação contratual de Investimentos, incluindo as alterações trazidas pelos Aditivos Contratuais.

A equipe técnica seguiu a estrutura definida no Quadro 5 do Anexo V do Edital⁸⁵, a saber:

⁸⁵ Termo de Referência para Elaboração da Proposta Comercial.

Investimento	R\$ (data-base: outubro/1998)	Tabelas do Apêndice E
1. Obras de ampliação e recuperação:		
1.1. Duplicação da ES-060 – Trecho Rodovia Darly Santos até Setiba	20.683.339,47	16 a 19
1.2. Duplicação da ES-060 – Trecho Praia de Graçaí até Meaípe	Não realizado / excluído pelo 1º Aditivo	
1.3. Duplicação da Ponte sobre o rio Jucu	1.690.207,63	20 e 21
1.4. Implantação do complexo da praça de pedágio na Rodovia do Sol	1.161.157,31	22 e 23
1.5. Contorno de Guarapari – 1ª Etapa (Setiba até Praia de Graçaí)	Não realizado / excluído pelo 1º Aditivo	
1.5.R. Contorno de Guarapari – Trecho Setiba até Rodovia Jones dos Santos Neves	17.106.328,56	24 a 27
1.6. Contorno de Guarapari – 2ª Etapa (Setiba até Praia de Graçaí)	Não realizado / excluído pelo 1º Aditivo	
1.6.R. Contorno de Guarapari – Trecho Rodovia Jones dos Santos Neves até Meaípe	12.287.196,41	28 e 29
1.7. Interligação entre a Avenida Carlos Lindenberg e a 3ª Ponte (Canal Bigossi)	Não realizado / excluído pelo 2º Aditivo	
1.8. Recuperação e modernização da 3ª Ponte ¹	21.357.354,14	32
1.9. Conservação Especial	0,00	36
2. Desapropriações:		
2.1. Desapropriações	195.587,81	15 ² e 33
3. Infraestrutura para serviços de operação, conservação e administração:		
3.1. Sistema de arrecadação ¹	1.932.216,82	36
3.2. Posto geral de fiscalização	309.249,33	30 e 31
3.3. Sistema de pesagem móvel ¹	512.928,04	36
3.4. Sistema de controle de velocidade ¹	191.643,44	36
3.5. Sistema de atendimento ao usuário ¹	1.230.120,56	36
3.6. Sistema de monitoramento e controle de tráfego ¹	568.166,44	36
3.7. Centro de controle operacional e Sistema de telecomunicação ¹	189.388,81	36
3.8. Equipamentos e veículos de administração ¹	0,00	36
Total (arredondado)	79.415.000,00	36

¹Não foi avaliado pelo TCEES, adotando-se o valor contratual ou aditado.

²Relatório de Auditoria, f. 10.591.

Foram adotadas as regras da Instrução Normativa TC n. 15/2009, que disciplinou a metodologia para análise dos preços de serviços e obras de engenharia.

A equipe técnica requisitou ao DER as tabelas de preços referenciais para obras rodoviárias, vigentes na data-base da Proposta Comercial, ou seja, em outubro de 1998, mas o órgão não localizou os documentos.

Diante da falta de documentação, a equipe multidisciplinar utilizou os preços referenciais de outros períodos e fontes, como as tabelas do DER de outubro de 1997, e, supletivamente, as tabelas do DER de outras datas, bem como os preços do Sistema de Custos Rodoviários (SICRO / DNIT), da Empresa de Obras Públicas do Estado do Rio de Janeiro (EMOP), do Laboratório de Orçamentos do Instituto Tecnológico da UFES (LABOR / ITUFES), da Editora PINI, da Caixa Econômica Federal e o Custo Unitário Básico (CUB/ES).

Todos os preços referenciais adotados foram balizados para outubro/1998, a partir de índices setoriais da Fundação Getúlio Vargas (revista Conjuntura Econômica).

Os preços referenciais apurados pela equipe técnica acrescentaram a margem de tolerância de 12%, determinada na IN 15/2009, mas não incluíram os Benefícios e Despesas Indiretas (BDI), que foram computados em Quadros distintos do Quadro 5.

Por sua vez, os quantitativos físicos foram apurados conforme os documentos elaborados ou fornecidos pela própria concessionária, relativos aos projetos executivos, às planilhas orçamentárias e ao Contrato firmado entre a Rodosol e o Consórcio Construtor da Rodovia (f. 14.097/14.114), além de alguns levantamentos *in loco*.

Em regra, a equipe de auditoria empregou o método tradicional de orçamentação de obras, denominado Estrutura Analítica (EA), com a descrição do item de serviço, unidade métrica, quantidade física, preço unitário e total.

De modo geral, a equipe técnica não avaliou os preços de todos os materiais e serviços empregados nas obras, verificando apenas os componentes (ou disciplinas) mais representativos, até alcançar 80% do montante.

Os componentes das obras não verificados pela equipe do TCEES, em razão da pequena relevância, foram computados nos mesmos percentuais de sua participação nas planilhas orçamentárias obtidas.

Definidos os preços referenciais unitários e os quantitativos físicos, a equipe técnica calculou os preços globais paradigmas, adotando os seguintes critérios:

- Dos itens descritos no Quadro 5 do Edital, foram avaliados apenas os Investimentos relativos às Obras de ampliação e recuperação do sistema (grupo 1).
- Dentre as Obras de ampliação e recuperação (grupo 1), foram avaliadas somente aquelas relativas à Rodovia do Sol, por representarem cerca de 80,8% do Investimento, excluindo-se a Recuperação e Modernização da 3ª Ponte (item 1.8), que representava apenas 19,2% do grupo 1. O item 1.8 foi apenas conferido, sendo computado segundo a Proposta Comercial.
- A equipe de auditoria buscou avaliar o Investimento de Conservação Especial (item 1.9), mas, em função da ausência da documentação necessária e da prova de sua execução, o item 1.9 foi computado com valor igual a zero.
- Os Investimentos relativos a Desapropriações (grupo 2) não foram avaliados, sendo apenas conferidos, a fim de se apurar a quantia comprovadamente dispendida.
- Exceto quanto ao Posto Geral de Fiscalização (item 3.2), os Investimentos de Infraestrutura para Serviços (grupo 3) também não foram avaliados, sendo computados conforme a Proposta Comercial e os Aditivos Contratuais.

O valor paradigma total dos Investimentos foi de R\$ 79.415.000,00 (data-base: outubro/1998), quantia inferior ao montante previsto na Proposta Comercial (R\$ 148.261.000,00).

De acordo com a equipe técnica, a diferença entre os valores (R\$ 68.846.565,68) demonstrou que a concessionária precisou investir menos que o previsto na Proposta Comercial, conforme Tabela 70 do Relatório de Auditoria (f. 10.754).

A distribuição do valor paradigma, ao longo dos 25 anos de concessão, respeitou a proporção prevista no cronograma do 2º Termo Aditivo, exceto quanto aos itens 1.8 – Recuperação e modernização da 3ª Ponte e 2 – Desapropriações, que foram distribuídos conforme os cálculos técnicos.

O valor paradigma (R\$ 79.415.000,00) foi adotado na análise do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, conforme consta do Apêndice O.

Os Investimentos a seguir elencados mereceram um relato mais detalhado, já que a análise técnica extrapolou a apuração dos preços referenciais, envolvendo diversas questões específicas, que foram rebatidas na resposta da concessionária:

- Recuperação e modernização da Terceira Ponte;
- Conservação Especial;
- Desapropriações;
- Posto Geral de Fiscalização.

Quanto à **Recuperação e modernização da Terceira Ponte**, a equipe técnica não avaliou os Investimentos contratados nem os serviços efetivamente prestados.

A equipe de auditoria aceitou as condições previstas da Proposta Comercial, que fixou o Investimento em R\$ 21.357.354,14, conforme os serviços e o cronograma indicados na Tabela 13 do Relatório de Auditoria (f. 10.577).

Em 2005, o 2º Termo Aditivo alterou o cronograma e aumentou o valor do Investimento para cerca de R\$ 26.275.000,00. Entretanto, o processo administrativo correspondente não trouxe justificativas ou memória de cálculo para o acréscimo de valor.

Do Termo Aditivo, constaram apenas as anotações⁸⁶ de que a pintura da Ponte seria feita em 2010 e de que as demais obras de recuperação e manutenção seriam postergadas, conforme o novo cronograma.

Mesmo após os questionamentos da equipe técnica, a ARSI e o DER não apresentaram documentos que justificassem o incremento de valor, ou seja, as alterações nas condições iniciais do Contrato não foram demonstradas.

Tendo em vista que o acréscimo não restou justificado, a equipe de auditoria manteve a quantia e o cronograma previstos na Proposta Comercial, desconsiderando o 2º Aditamento do Contrato.

Desse modo, para fins de avaliação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, o Investimento em Recuperação e modernização da 3ª Ponte (item 1.8 do Quadro 5) foi de R\$ 21.357.354,14.

No que se refere à **Conservação Especial**, a equipe de auditoria esclareceu que os Investimentos constituem obras e serviços de maior porte ou complexidade técnica, cuja necessidade de execução decorre do término da vida útil do sistema viário, conforme definição contida no Programa de Exploração de Rodovias (PER).

O PER determinou que a Conservação Especial incidiria sobre o Pavimento, as Obras de Arte Especiais e Correntes, os Dispositivos de Segurança, a Sinalização, Outras Recuperações e Complementações, respeitando os

⁸⁶ **NOTA 3** – Em relação ao item 1.8 – Será feita apenas uma pintura da ponte, a partir do ano 2010 (quando a pintura existente atingir 20 anos) e foram postergadas diversas obras de recuperação e manutenção, conforme cronograma físico-financeiro.

métodos, parâmetros e padrões descritos no Anexo III do Edital (compilados no Quadro 2 do Relatório de Auditoria)⁸⁷.

Segundo o PER, competia à concessionária providenciar o planejamento, dimensionamento, estudos, projetos básicos e executivos referentes à obras e serviços de Conservação, que deveriam ser submetidos à aprovação do DER.

Com o objetivo de apurar o valor paradigma do Investimento e de identificar os locais, momentos e tipos de obras e serviços realizados pela concessionária, a equipe técnica requereu, ao DER, ARSI e Rodosol, os projetos de infraestrutura em Conservação Especial (incluindo plantas baixas, cortes, seções e detalhes) e os memoriais dos custos unitários e globais.

Entretanto, não obteve a documentação completa. Além disso, os documentos fornecidos não comprovaram que os Investimentos em Conservação Especial foram executados de acordo com os métodos, parâmetros e padrões descritos no PER.

Para reforçar que o Investimento de Conservação Especial não foi executado, a equipe técnica destacou que a análise dos Controles Tecnológicos do Pavimento, constante do Apêndice Q, evidenciou que todas as camadas apresentaram problemas de engenharia, desde a origem, comprometendo sua qualidade.

Nesse contexto, a equipe do TCEES entendeu que a Conservação Especial não poderia incluir gastos destinados a preservar as obras e os serviços realizados abaixo do padrão de qualidade contratado, ou seja, nessa rubrica não poderiam ser consideradas as correções de soluções inadequadas, falhas de projetos, vícios construtivos ou desconformidades técnicas.

⁸⁷ F. 10.566.

A equipe técnica concluiu que eventuais intervenções nas obras executadas com qualidade inferior (a exemplo do Pavimento) não poderiam ser consideradas como um Investimento de Conservação Especial.

Por outro lado, o Relatório de Auditoria enfatizou que o 2º Termo Aditivo aumentou o montante do Investimento em Conservação Especial, que passou de R\$ 35.693.568,80 para R\$ 40.801.000,00 (data-base: outubro/1998).

Com o fim de identificar os locais, momentos e tipos de obras e serviços incluídos pelo 2º Aditamento, a equipe de auditoria requereu documentos ao DER, como as justificativas, a memória de cálculo e a planilha orçamentária correspondente.

O DER apresentou alguns documentos, que, entretanto, não continham as informações requeridas, ou seja, não foram encaminhadas as justificativas para o acréscimo do Investimento pelo 2º Aditivo.

Considerando que, pela própria natureza da Conservação Especial, o simples levantamento *in loco* não poderia ser realizado durante a Auditoria e diante da omissão de dados na documentação recebida e da deficiência na execução do Pavimento, a equipe técnica concluiu que:

- até o final de 2012, não foram apresentadas evidências da execução dos Investimentos a título de Conservação Especial;
- não haveria necessidade de Investimentos de Conservação Especial, nos anos remanescentes da concessão, pois:
 - conforme analisado no Apêndice Q, todas as camadas do Pavimento apresentaram deficiências, situação que impediria o gasto de Conservação Especial;
 - as intervenções de Conservação Especial seriam desnecessárias, quanto aos demais componentes das obras rodoviárias (obras de arte especiais e correntes, dispositivos de segurança, sinalização, outras recuperações e complementações), já que não foram comprovados o monitoramento na periodicidade pactuada, as justificativas e as memórias de cálculo.

Tendo em vista a ausência de documentos comprobatórios da execução, a equipe de auditoria considerou o Investimento em Conservação Especial igual a zero, para fins de avaliação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Em relação às **Desapropriações**, o setor técnico relatou que a cláusula contratual LXXVII⁸⁸ determinou que a concessionária deveria dispor de uma verba de 5 milhões de reais, destinada a custear desapropriações, servidões administrativas ou limitações ao direito de propriedade, necessárias à concessão. Sendo o montante ultrapassado, haveria revisão da tarifa de pedágio.

Em complemento, a cláusula contratual XX.4.d⁸⁹ estabeleceu que a revisão da tarifa seria motivada pela alteração da verba indenizatória, destinada a desapropriações, se o montante fixado não fosse atingido ou se fosse ultrapassado.

Segundo a equipe técnica, as cláusulas contratuais indicaram que o risco da desapropriação não foi atribuído à concessionária, pois a execução de um montante diferente do previsto (5 milhões de reais) motivaria a revisão tarifária.

⁸⁸ **CLÁUSULA LXXVII**

Da Verba para Custeio de Desapropriação

A CONCESSIONÁRIA deverá dispor de uma verba no valor de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), destinada a indenizar, no curso da concessão, as desapropriações, instituição de servidões administrativas ou limitações administrativas ao direito de propriedade, necessárias ao cumprimento das metas e objetivos da concessão. Na eventualidade desta verba ser ultrapassada, levando a CONCESSIONÁRIA a desembolsar valores superiores ao acima estimado, a diferença será ressarcida à mesma, via ajuste nas tarifas de pedágio, para que seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO.

⁸⁹ **CLÁUSULA XX**

Da Revisão da Tarifa Básica

1. O CONTRATO será revisto para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos da CONCESSIONÁRIA e a receita da concessão, com a finalidade de manter seu inicial equilíbrio econômico-financeiro inicial.

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, a instituição de servidão administrativa ou a Imposição de limitação administrativa ao direito de propriedade, desde que o valor da verba indenizatória prevista não seja atingido ou seja ultrapassado.

A fim de apurar o montante efetivamente executado, a equipe de auditoria realizou o levantamento dos gastos com desapropriação, a partir da documentação recebida.

O processo administrativo do DER, que serviu de base para apurar o gasto com desapropriações, registrou algumas despesas a título de indenização por danos a terrenos lindeiros, no total de R\$ 304.422,60, conforme demonstrado na Tabela 34 do Apêndice E.

Entretanto, esse montante foi desconsiderado pela equipe técnica, pois a Verba de Desapropriação não incluiu despesas com indenização por dano patrimonial a terceiros, sendo que tais incidentes deveriam ter sido cobertos pelo seguro que a concessionária era obrigada a contratar, na forma da cláusula XXV.6.b⁹⁰.

Além disso, a equipe técnica considerou somente as despesas com desapropriação comprovadas por laudo de avaliação e parecer favorável, emitidos pela Comissão Permanente de Avaliação do DER, bem como por recibo de pagamento ou escritura pública.

⁹⁰ **CLÁUSULA XXV**

Dos Seguros e das Garantias para o Cumprimento das Obrigações Contratuais

1. A CONCESSIONÁRIA deverá garantir a existência e manutenção em vigor durante todo o prazo de duração da concessão, das apólices de seguro necessárias para garantir uma efetiva cobertura dos riscos inerentes à execução das atividades pertinentes à concessão, em condições aceitáveis pelo DER/ES.

6. A CONCESSIONÁRIA fará manter em vigor os seguintes seguros:

b) Seguro de Responsabilidades: cobertura comprovada à responsabilidade civil da CONCESSIONÁRIA e/ou Poder Concedente, por danos causados, inclusive custas processuais e outras despesas devidas, que atinjam a integridade física e patrimonial de terceiros, decorrentes da exploração da concessão, compreendendo:

- Responsabilidade Civil Geral;
- Responsabilidade Civil Cruzada – Vinculada à Responsabilidade Civil Geral;
- Responsabilidade Civil Facultativa – Veículos.

8. A CONCESSIONÁRIA é responsável pela abrangência e consequente omissão na realização dos seguros de que trata esta Cláusula.

10. O limite de cobertura do seguro de responsabilidade civil geral não deverá ser inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para cada sinistro ou série de ocorrências que caracterizem um único sinistro.

11. Os seguros deverão ser contratados pela CONCESSIONÁRIA, com eficácia a partir da data de transferência do controle do SISTEMA RODOVIA DO SOL.

Na Tabela 33 do Apêndice E, foram elencadas todas as desapropriações constantes da documentação recebida, bem como os nomes dos proprietários.

Apenas os pagamentos comprovados por recibo ou escritura pública foram identificados, totalizando R\$ 217.759,06, de 2000 a 2007.

Os valores retroagiram à data-base do Contrato (outubro/1998), após a incidência do índice de reajuste contratual acumulado para cada ano, conforme demonstrado na Tabela 15 do Relatório de Auditoria (f. 10.591).

O Investimento realizado com Desapropriação atingiu o total de R\$ 195.587,81 (data-base: outubro/1998), até o final de 2012, montante que foi considerado para fins de avaliação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Acerca do **Posto Geral de Fiscalização**, segundo a equipe técnica, a Rodosol construiu o imóvel, mas não precisou adquirir os equipamentos e sistemas previstos no Contrato, pois o Concedente não utilizou o local.

Sendo assim, o valor destinado à aquisição de equipamentos e sistemas foi desconsiderado e apenas as despesas com a construção foram avaliadas, a partir dos preços referenciais de engenharia, conforme consta dos Apêndices B e D.

O Investimento com a construção do Posto Geral de Fiscalização somou R\$ 309.249,33, montante utilizado para fins de avaliação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

b.1) Respostas à citação e à notificação

A resposta da Rodosol, baseada no parecer da MB Consultoria e Projetos (f. 14.831), datado de junho de 2014, questionou a avaliação dos investimentos realizada pela equipe de Auditoria.

Segundo o cálculo da concessionária, o montante de Investimentos foi superior ao valor apurado pela equipe do TCEES (R\$ 79.415.000,00), atingindo R\$ 156.006.830,00, conforme a tabela de f. 14.873, abaixo resumida:

1. Obras de ampliação e recuperação	143.635,09
1.1. Duplicação ES-060 / trecho Rod. Darly Santos a Setiba	34.157,69
1.2. Duplicação ES-060 / trecho Graçaí a Meáípe	0
1.3. Duplicação da ponte do rio Jucu	3.071,93
1.4. Implantação do Complexo da Praça do Pedágio na Rod. do Sol	1.557,95
1.5. Contorno de Guarapari / trecho Setiba a Praia de Graçaí	0
1.5.R. Contorno de Guarapari / trecho Setiba a Rodovia Jones dos Santos Neves	18.806,00
1.6. Contorno de Guarapari / trecho Setiba a Praia de Graçaí	0
1.6.R. Contorno de Guarapari / trecho Rodovia Jones dos Santos Neves a Meáípe	12.161,00
1.7. Interligação Av. Carlos Lindemberg a 3ª Ponte	0
1.8. Recuperação e modernização da 3ª Ponte	26.274,65
1.9. Conservação Especial	40.801,00
Condicionantes Ambientais	5.845,65
Projeto	959,22
2. Desapropriações	6.705,63
3. Infraestrutura para serviços de operação, conservação e administração	5.666,11
3.1. Sistema de Arrecadação	1.932,22
3.2. Posto Geral de Fiscalização	1.041,64
3.3. Sistema de Pesagem Móvel	512,93
3.4. Sistema de Controle de Velocidade	191,64
3.5. Sistema de Atendimento ao Usuário	1.230,12
3.6. Sistema de Monitoração e Controle do Tráfego	568,17
3.7. Centro de Controle Operacional / Sistema de Telecomunicação	189,39
3.8. Equipamentos de Veículos da Administração	0
Total	156.006,83

Valores aproximados; R\$ x 1.000.

A Rodosol alegou que os Investimentos não poderiam ser redimensionados pela equipe do Tribunal, pois, de acordo com a matriz de risco inerente ao Contrato, estariam inseridos como risco da concessionária. Eventual avaliação pela equipe técnica deveria considerar não apenas as despesas executadas, como também o volume de tráfego efetivo.

Além disso, a equipe de auditoria teria ignorado as modificações trazidas pelos Aditivos Contratuais, que incluíram e excluíram vários Investimentos.

Segundo a empresa, a equipe de auditoria deixou de observar a Instrução Normativa TC n. 15/2009, quanto à incidência dos Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) de 35% e quanto à margem de tolerância de 12% sobre os preços referenciais.

Em relação ao BDI, destacou que seu valor não foi incluído nos demais Quadros do Anexo V do Edital, deixando de computar a despesa com profissionais vinculados à execução das obras. Reforçou que o Sistema Informatizado de Custos Rodoviários do DNIT (SICRO) apresentava os preços referenciais com o BDI e que a obtenção de financiamentos também exigiria a inclusão do BDI.

A Rodosol questionou todos os Investimentos avaliados pela equipe técnica, quais sejam:

1. Obras de ampliação e recuperação:

- 1.1. Duplicação ES-060 / trecho Rod. Darly Santos a Setiba
- 1.3. Duplicação da ponte do rio Jucu
- 1.4. Implantação do Complexo da Praça do Pedágio na Rod. do Sol
- 1.5.R. Contorno de Guarapari / trecho Setiba a Rodovia Jones dos Santos Neves (executado, após alteração contratual)
- 1.6.R. Contorno de Guarapari / trecho Rodovia Jones dos Santos Neves a Meaípe (executado, após alteração contratual)

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

- 3.2. Posto Geral de Fiscalização

A concessionária esclareceu que alguns Investimentos, abaixo elencados, foram excluídos por aditamentos contratuais, motivo pelo qual não chegaram a ser executados:

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

Defendeu que as obras no Contorno de Guarapari geraram um custo adicional de 42% (quarenta e dois por cento), que teria sido suportado pela concessionária.

Argumentou que alguns **Investimentos Adicionais** teriam sido executados, apesar de não previstos no Contrato, no total de R\$ 12.447.010,00, conforme demonstrado na tabela de f. 25.221, a saber: passagens em desnível para acesso às regiões de Terra Vermelha e Interlagos, ponte sobre a Av. Carioca, modificação do acesso ao bairro Santa Paula, marginais na região de Ponta da Fruta, custos adicionais com iluminação da rodovia, serviços adicionais demandados pela comunidade.

Tais Investimentos incluiriam, ainda, as **Condicionantes Ambientais** e o **Projeto**, nos valores aproximados de R\$ 5.845.650,00 e R\$ 959.220,00.

Segundo a empresa, os Investimentos Adicionais foram realizados por força de Aditivos ou de solicitações do Concedente, razão pela qual também deveriam ser computados no cálculo técnico.

A Rodosol ainda apresentou questionamentos específicos acerca dos Investimentos analisados.

Quanto à **Recuperação e modernização da Terceira Ponte**, a Rodosol afirmou que a majoração desse Investimento decorreu “*das alterações das obrigações contratuais*”, na forma do 2º Termo Aditivo.

Acrescentou que os documentos e justificativas correspondentes foram entregues à Comissão Especial de Análise do Equilíbrio da concessão, criada pela Auditoria Geral do Estado (AGE) em 2003.

No que se refere à **Conservação Especial**, a concessionária afirmou que a equipe de auditoria cometeu equívocos acerca dos critérios de aferição, diversidade dos serviços e valores atribuídos aos Investimentos de Conservação Especial.

Quanto ao critério de aferição, alegou que a fiscalização da concessão, relativa ao cumprimento dos padrões de qualidade previstos no Programa de Exploração de Rodovias (PER), consistiria no controle por resultados da execução dos serviços de conservação e manutenção do Sistema Rodovia do Sol, conforme registrado na cláusula contratual⁹¹ LXV, item 5, alínea “a”.

Nesses termos, a execução de Investimentos restaria comprovada pelo atendimento dos parâmetros de qualidade constantes do PER, independentemente da efetiva realização de obras e serviços enquadrados como Conservação Especial.

A Rodosol questionou a análise do TCEES, quanto ao descumprimento ou inexecução contratual, bem como quanto à existência de deficiências nas obras rodoviárias, ressaltando que todos os indicadores de qualidade foram monitorados e cumpriram os padrões exigidos, o que restaria demonstrado no parecer elaborado pela empresa Strata Engenharia (f. 14.779), datado de maio de 2014, contendo o levantamento dos indicadores do Sistema Rodovia do Sol, além de pesquisas de satisfação dos usuários.

Quanto à diversidade dos serviços, a concessionária argumentou que a análise técnica restou limitada aos aspectos do Pavimento, embora a Conservação Especial englobasse também a implantação de mecanismos de gestão dos

⁹¹ **CLÁUSULA LXV**

Da Fiscalização da Concessão

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

a) o controle por resultados da execução dos serviços de ampliação, recuperação, operação, conservação e manutenção 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;

elementos rodoviários e a execução permanente de obras, segundo previsto no PER e na Proposta de Metodologia de Execução.

Os demais aspectos da Conservação Especial envolveriam atividades como:

- inspeções, ensaios e testes nas estruturas, instalações e equipamentos do Sistema;
- comparação dos resultados com os parâmetros do PER;
- planejamento da manutenção e conservação, inclusive quanto ao Pavimento, cujos ensaios seriam bienais.

A Rodosol destacou que o monitoramento da concessão era permanente e envolvia uma complexa gestão do risco do tráfego, já que o Investimento em Conservação seria diretamente proporcional ao volume de trânsito e ao desgaste dos componentes rodoviários.

Afirmou que a programação e a execução dos serviços de Conservação Especial eram realizadas conforme a necessidade, envolvendo, por exemplo:

- substituição de equipamentos de controle, arrecadação, comunicação e automação;
- modernização e troca de equipamentos eletrônicos;
- recapeamento da pista;
- recuperação de obras de arte especiais;
- reforma de instalações físicas;
- manutenção dos níveis de retrorrefletância da sinalização;
- troca de placas;
- conservação de prédios e instalações;
- verificação bienal do Pavimento, etc.

A Rodosol acrescentou que todos os serviços de Conservação Especial foram registrados nos Relatórios Mensais enviados ao Concedente.

Enfatizou que o resumo do último Relatório, datado de 2012, comprovou que o Pavimento atendeu aos parâmetros de qualidade exigidos pelo PER, conforme mencionado no parecer da Strata Engenharia.

Aventou uma contradição na análise técnica, quanto à afirmação de que os Investimentos de Conservação Especial seriam desnecessários, em função do descumprimento do padrão de qualidade. Defendeu que a Conservação somente seria dispensável se as condições contratuais fossem cumpridas.

Em relação às **Desapropriações**, de acordo com a Rodosol, o incremento da Verba para Desapropriação constou do 2º Termo Aditivo por sugestão da antiga AGE, após profunda e extensa auditoria (f. 10.328/10.329).

A concessionária alegou que as indenizações de desapropriação foram aprovadas pelo DER e, após o pagamento, a propriedade dos imóveis foi transferida para o Estado, exceto nos casos de discussão judicial, em que houve o depósito do valor informado no Laudo de Avaliação Técnica.

A empresa defendeu que o Investimento com Desapropriação atingiu o valor de R\$ 6.705.631,00, incluindo as estimativas até 2016, conforme discriminado no relatório da MB Consultoria e Projetos (f. 14.870).

Acerca do **Posto Geral de Fiscalização**, a concessionária questionou a análise técnica quanto aos critérios de aferição do valor paradigma do Investimento.

Além de apontar a falta do BDI nos preços referenciais, alegou que a equipe técnica computou apenas o valor das obras civis de construção do Posto Geral de Fiscalização, deixando de incluir as obras e os serviços de urbanização realizados, bem como a instalação de equipamentos, os quais permaneceram à disposição do Concedente.

Afirmou que o Posto de Fiscalização do km 30 não foi utilizado por decisão do Estado, situação que não poderia ser imputada à concessionária. Também acrescentou que o Posto situado na praça de pedágio da Terceira Ponte foi

construído, mobiliado e equipado pela empresa. De modo semelhante, o Posto localizado no km 13 foi equipado pela Rodosol.

Afirmou ter assumido os custos com energia elétrica, limpeza e conservação dos 03 (três) Postos de Fiscalização, embora apenas 02 (dois) estivessem em operação e somente 01 (um) fosse previsto no Edital.

Defendeu, ainda, que o preço cotado na Proposta Comercial deveria ser mantido pela área técnica, pois o Investimento constituiria um risco contratual da concessionária.

c.1) Instrução Técnica Conclusiva

A análise conclusiva rejeitou todos os argumentos da concessionária quanto à Avaliação dos Investimentos.

Nesse sentido, foi rejeitada a alegação de que os Investimentos não poderiam ser avaliados, devido à alocação do risco contratual à concessionária.

O corpo técnico confrontou as cláusulas contratuais⁹² XII, XX, LXI e LXV, concluindo que o risco integral do Investimento não foi atribuído à

⁹² 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.

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;

Cláusula LXI DO PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO SISTEMA RODOVIA DO SOL

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

.....

concessionária, pois eventuais alterações nos encargos ou quantitativos autorizavam o reequilíbrio econômico-financeiro, não sendo suportadas pela empresa.

Concluiu dessa forma, também, porque a execução das obras de ampliação e recuperação rodoviária deveria ser aferida por medição dos quantitativos físicos e demais parâmetros contratados, e não por resultado.

O corpo técnico acrescentou que vários Investimentos previstos na Proposta Comercial sofreram modificações substanciais por aditamentos contratuais, a exemplo do Contorno de Guarapari, cujo traçado foi totalmente alterado, e da Duplicação da ES-060 / trecho Rodovia Darly Santos a Setiba.

Sobre o trecho Rodovia Darly Santos a Setiba, a área técnica constatou alterações essenciais, já que deveria ter sido duplicado pelo eixo, com duas pistas paralelas à pista existente. No entanto, foi duplicado pelo bordo, acrescentando-se apenas uma pista à existente. Ademais, o viaduto de acesso a Setiba foi modificado, assim como o traçado da rodovia no entroncamento com a Darly Santos, cujo viaduto foi construído pelo Concedente, embora previsto no Contrato.

Com fundamento na Decisão n. 1.520/2002 e no Acórdão n. 346/2012, ambos do Plenário do TCU⁹³, a área técnica concluiu que os Investimentos modificados

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.

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.

⁹³ **Decisão TCU 1502/2002-Plenário**

8.2. determinar ao Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná - DER/PR que:

por aditivos deveriam ser orçados pelos preços referenciais de engenharia, ainda que o risco integral fosse atribuído à concessionária.

O setor técnico destacou que os Investimentos foram avaliados com base nos preços referenciais, sem considerar os custos efetivos das obras e serviços ou os valores registrados contabilmente, dispensando a verificação do volume de tráfego real.

Segundo a área técnica, a Rodosol não questionou os critérios de amostragem e de levantamento dos quantitativos físicos empregados, razão pela qual foram mantidos conforme o Relatório de Auditoria.

Entretanto, a concessionária impugnou os preços referenciais adotados, alegando, especialmente, o descumprimento da Instrução Normativa TC n. 15/2009. De acordo com a Rodosol, a norma determinava o acréscimo dos Benefícios e Despesas Indiretos (BDI) sobre os preços referenciais, além de prever uma margem de tolerância de 12%.

A área técnica reforçou que as regras constantes da IN TC n. 15/2009 foram cumpridas.

Embora disperso por diversos Quadros do Anexo V, o BDI foi computado nos cálculos técnicos, inclusive quanto aos profissionais vinculados à execução das

a) promova os devidos ajustes na Cláusula V do Aditivo 18/2000 ao Contrato 75/97, celebrado com a Rodonorte - Concessionária de Rodovias Integradas S.A., a fim de que, no caso de inclusão no Programa de Exploração Rodoviária do lote 5 de novos investimentos, ainda que os correspondentes preços unitários já tenham sido orçados na proposta comercial da Rodonorte, sejam utilizados os preços constantes das tabelas do DER/PR (Siscusto) e não aqueles indicados na proposta da concessionária;

Acórdão TCU 346/2012 – Plenário

9.1.1. promova, no prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias, o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, ajustando os investimentos, de acordo com as necessidades públicas e as taxas de rentabilidades praticadas, a percentuais compatíveis com o contexto econômico vigente e o custo de oportunidade atual do negócio, considerando, entre outros parâmetros, possíveis sobrepreços em obras e serviços oriundos dos termos aditivos ao contrato inicial e submetendo os resultados à avaliação deste Tribunal de Contas, com supedâneo no princípio da economicidade;

obras, respeitando a estrutura do Edital e da própria Proposta Comercial (Quadros 6, 7, 12 a 16; itens 4.3.4 e 4.3.7).

A localização do BDI, fora do Quadro 5 do Anexo V, relativo aos Investimentos, não repercutiu na análise técnica, que foi baseada no Fluxo de Caixa da concessão, incluindo todos os Investimentos e Custos diretos e indiretos, exceto financiamentos.

Sendo assim, a fidelidade à estrutura do Edital, quanto ao BDI, não comprometeu a apuração dos Achados de Auditoria referentes ao Equilíbrio econômico-financeiro, tratado no item 2.18 do Relatório Técnico.

De igual modo, a **margem de tolerância de 12%**, prevista na norma, foi acrescentada aos preços referenciais, favorecendo a concessionária.

Quanto aos **Investimentos Adicionais**, referentes a “*Custos Adicionais Decorrentes dos Serviços de Iluminação da Rodovia*”, “*Serviços Adicionais Demandados pela Comunidade*” e parte das “*Condicionantes ambientais*”, o corpo técnico constatou que foram pleiteados pela Rodosol, mas negados pelo Concedente, por ocasião do 1º Termo Aditivo (2002).

Segundo o Parecer do DER, datado de 16 de abril de 2002, tais Investimentos deveriam ser suportados pela concessionária, por se tratarem de despesas previsíveis em empreendimentos da mesma natureza (f. 14.970), posição acompanhada pela área técnica.

Acerca dos **Investimentos Adicionais**, relativos ao “Projeto” e às demais “*Condicionantes ambientais*”, o setor técnico observou que foram requeridos pela concessionária (f. 14.884), mas estavam pendentes de análise pelo Concedente, razão por que não deveriam ser computados no cálculo do TCEES.

Quanto aos demais **Investimentos Adicionais**, pleiteados pela Rodosol, a área técnica esclareceu que já constavam dos cálculos elaborados no Relatório de Auditoria, inserindo-se nos quantitativos físicos apontados nos documentos

fornecidos ou elaborados pela própria notificada, a exemplo das planilhas orçamentárias do Consórcio Construtor.

Do mesmo modo, o corpo técnico enfatizou que, na avaliação dos trechos do **Contorno de Guarapari**, as quantidades e os tipos de materiais e serviços corresponderam aos dados constantes da documentação entregue ou elaborada pela concessionária, levando a presumir que o acréscimo de 42%, alegado pela Rodosol, também foi considerado nos cálculos.

A Conclusiva manteve o valor paradigma dos Investimentos em R\$ 79.415.000,00, conforme apurado no Relatório de Auditoria, para fins de avaliação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Quanto à **Recuperação e Modernização da Terceira Ponte**, em razão do critério de amostragem descrito no Apêndice B, o Investimento não foi avaliado pela equipe de auditoria, mantendo-se o valor da Proposta Comercial, igual a R\$ 21.357.354,14.

Por sua vez, o novo valor do Investimento, majorado pelo 2º Termo Aditivo (cerca de R\$ 26.275.000,00), foi desconsiderado pela equipe técnica, diante da falta de justificativas para o aumento do mesmo.

A área técnica reforçou que os Investimentos em Recuperação e Modernização da Terceira Ponte foram detalhados no Edital, principalmente, no Anexo III (PER), volume 4, item 1.5, que descreveu os serviços de recuperação, assim como no volume 3, que apresentou o Manual de Procedimentos para Manutenção Preventiva e Corretiva da Terceira Ponte e o cronograma de execução de limpeza, inspeções e demais tarefas.

Desse modo, eventual alteração do valor proposto deveria corresponder à inclusão de atividades não previstas no PER, acréscimo que não restou demonstrado no 2º Aditivo.

Em sua resposta, a Rodosol juntou o Relatório de Auditoria n. 1/2003 (vol. 65, f. 14.541/14.576), emitido em 29/12/2004, e o Relatório da Comissão Especial para Avaliação do Equilíbrio (vol. 65, f. 14.578/14.589), datado de 21/10/2005, ambos elaborados pela AGE. Entretanto, segundo a área técnica, os documentos não mencionaram o acréscimo de serviços de recuperação e modernização da Terceira Ponte.

Ao contrário, o Relatório de Auditoria n. 1/2003 questionou a ausência de documentação capaz de justificar as alterações trazidas pelo 1º Termo Aditivo, evidenciando a necessidade de que todas as modificações da Proposta Comercial fossem justificadas e comprovadas. Por sua vez, o Relatório da Comissão Especial para Avaliação do Equilíbrio, que serviu de base para o 2º Aditamento Contratual, não fez referência aos acréscimos nos Investimentos do item **1.8** (Recuperação e Modernização da Terceira Ponte), tornando impossível confirmar a alegação da concessionária de que as justificativas para o aumento de valor foram entregues à Comissão Especial.

Do 2º Termo Aditivo, consta uma única menção sobre o Investimento, correspondente à **Nota 3**, que informou que a realização da pintura da Ponte ocorreria em 2010 e que as demais obras de recuperação e modernização seriam postergadas, segundo o novo cronograma, sem, contudo, mencionar ou justificar o acréscimo de valor.

Diante da falta de justificativas para a majoração do Investimento de recuperação e modernização da Terceira Ponte (item **1.8**), a área técnica manteve o valor cotado na Proposta Comercial, igual a R\$ 21.357.354,14.

No que se refere à **Conservação Especial**, a área técnica rejeitou os argumentos da Rodosol.

Registrou que, segundo o Programa de Exploração de Rodovias (PER), a Conservação Especial compreendia a execução de obras e serviços de maior porte ou complexidade técnica, destinados a preservar a condição inicial da rodovia, cujo procedimento deveria obedecer às seguintes etapas:

- Dimensionamento;
- Produção de estudos e dos Projetos Básico e Executivo;
- Planejamento.

O PER previu que cada intervenção, a título de Conservação Especial, deveria ser precedida de um projeto específico, previamente aprovado pelo Poder Concedente. A execução somente poderia ser iniciada após a aprovação do Projeto Executivo e a apresentação da Licença Ambiental de Instalação. Além disso, cada fase deveria ser acompanhada pelo Concedente, competindo à concessionária a manutenção de um esquema permanente de consultas e aprovações, inclusive quanto ao licenciamento ambiental.

Considerando que o PER detalhou o procedimento para a realização da Conservação Especial, a equipe técnica concluiu que a existência de projetos aprovados pelo DER seria condição obrigatória para o início da atividade, bem como para sua comprovação.

A fim de verificar a realização das obras e serviços, a equipe de auditoria requereu, ao Departamento, à ARSI e à Rodosol, a apresentação daqueles projetos. Entretanto, nenhum dos documentos solicitados foi encaminhado, impossibilitando os trabalhos da equipe técnica quanto à inspeção, levantamento e avaliação dos Investimentos em Conservação Especial.

Segundo a equipe técnica, a concessionária se limitou a anexar Ofícios, dirigidos à ARSI, mencionando o envio de Relatórios Mensais de Conservação e Manutenção, relativos aos meses de janeiro/2012 a dezembro/2013, e de Relatórios Operacionais dos meses de janeiro/2012 a dezembro/2013, sem a correspondente cópia dos relatórios (f. 14.986). Do mesmo modo, o Parecer emitido pela Strata Engenharia, referente ao controle de qualidade do Pavimento, mencionou o envio de Ofícios ao DER, contendo os Relatórios de Ensaios, que, entretanto, não foram juntados aos autos.

Acerca da qualidade das obras e serviços executados pela concessionária, a Conclusiva acrescentou que várias deficiências foram relatadas no Parecer

Técnico emitido pelo Instituto de Avaliações e Perícias de Engenharia do Espírito Santo – IBAPE/ES, datado de 05 de dezembro de 2003 (f. 8.772).

Além do Parecer do IBAPE/ES, a presente Auditoria constatou que as obras e serviços foram executados com qualidade inferior à contratada, conforme analisado no **item 3.15** e no Apêndice Q da Conclusiva.

Considerando que o objetivo da Conservação Especial é preservar o empreendimento, ou seja, garantir a vida útil das obras executadas devidamente, e tendo em vista que as obras iniciais não atingiram a qualidade contratada, a área técnica concluiu que a previsão de gastos com Conservação Especial não poderia ser computada na equação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, enquanto a qualidade contratada não fosse atendida.

Quanto ao 2º Aditivo Contratual, a área técnica reiterou que o incremento de valor não poderia ser considerado sem a devida justificativa. Rebateu o argumento da Rodosol de que o Investimento constituiria um risco contratual da empresa, enfatizando que, se assim fosse, o valor da Conservação Especial não poderia ter sido aumentado por aditamento.

O corpo técnico acolheu a argumentação de que os serviços de Conservação estariam submetidos ao controle por resultado, mas reforçou que os resultados apresentados não respeitaram as especificações, parâmetros e padrões de qualidade do PER.

Por esses motivos, o Investimento em Conservação Especial não foi considerado pela área técnica, figurando com valor zero na avaliação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, tal como registrado no Relatório de Auditoria.

Em relação às **Desapropriações**, o setor técnico observou que a Proposta Comercial previa o Investimento de 5 milhões de reais com Desapropriações, distribuído, igualmente, nos quatro anos iniciais da concessão, de 1999 a 2002.

O 1º Termo Aditivo alterou o cronograma de dispêndio, mantendo o valor original.

Em 2005, o 2º Aditamento Contratual aumentou a despesa para R\$ 6.705.631,00, além de modificar o cronograma, estendendo o Investimento até 2009. Entretanto, o acréscimo de valor não foi justificado.

A área técnica destacou que os critérios empregados no Relatório de Auditoria para a apuração do gasto com Desapropriação não foram questionados pela concessionária, em especial, quanto à existência de laudo de avaliação, parecer favorável do DER, recibo ou escritura pública. Também não foi questionado o entendimento técnico sobre a indenização de danos a terrenos lindeiros, cuja despesa não foi considerada como Desapropriação.

Por outro lado, o corpo técnico constatou divergências nos cronogramas de desembolso constantes do 1º Termo Aditivo, do 2º Aditamento e da resposta da Rodosol, quanto ao período de 1999 a 2004.

Considerando que os cronogramas foram elaborados após a execução dos gastos, os valores desembolsados antes do 2º Aditivo deveriam representar a realidade com exatidão, sem divergências, em especial, na resposta da concessionária. Segundo a área técnica, a discrepância entre os Aditivos e a resposta da Rodosol indicaria um baixo grau de confiabilidade da informação sobre a despesa com Desapropriações.

Além disso, o corpo técnico observou que o montante pleiteado pela concessionária, igual a R\$ 6.705.631,00, deveria ser descapitalizado para a data-base contratual. Em outubro de 1998, o total desapropriado corresponderia a R\$ 2.977.338,46, conforme demonstrado no Quadro 8 da Conclusiva e no próprio Relatório da MB Consultoria e Projetos.

Dessa forma, na data-base contratual, o montante que a Rodosol alegou ter dispendido com Desapropriações (cerca de 2,9 milhões de reais) foi inferior ao previsto na Proposta Comercial (5 milhões de reais), afastando o argumento de que houve desequilíbrio em prejuízo da concessionária.

Considerando que a Rodosol não comprovou os valores alegados, o setor técnico manteve o montante de Desapropriações em R\$ 195.587,81, concluindo que houve um desequilíbrio contratual em desfavor do Estado, que se refletiu na oneração da tarifa de pedágio em montante superior ao devido.

Acerca do **Posto Geral de Fiscalização**, segundo a área técnica, os quantitativos e a metodologia de apuração dos preços referenciais não foram questionados pela Rodosol, exceto quanto ao cômputo do BDI.

Conforme a análise realizada no Apêndice B, a Instrução Conclusiva entendeu que o BDI foi incluído no cálculo dos preços referenciais dos Investimentos, razão pela qual essa alegação foi rejeitada.

Quanto à existência de risco contratual da concessionária, a área técnica observou que a matéria foi amplamente discutida na introdução ao item **3.17** da Instrução Conclusiva, sendo também rejeitada.

Naquele tópico, o setor técnico afirmou que o Contrato de concessão não atribuiu o risco integral dos Investimentos à concessionária. E, ainda que tivesse atribuído, a alteração de todos os Investimentos cotados na Proposta Comercial, por meio de Aditivos, exigiria que os novos valores fossem apurados a partir dos preços referenciais de engenharia, conforme entendimento do TCU.

O corpo técnico não acolheu o argumento de que outros serviços foram executados pela Rodosol, como a urbanização e a instalação de equipamentos, mas deixaram de ser considerados na avaliação do Investimento. O setor técnico destacou que os quantitativos e tipos de serviços foram apurados com base nas planilhas do contrato firmado entre a Rodosol e o Consórcio Construtor da rodovia, ou seja, considerando todos os dados fornecidos pela empresa.

A área técnica frisou que a falta de utilização do Posto de Fiscalização pelo Estado não foi abordada no Relatório de Auditoria, cuja análise se restringiu ao valor da construção da obra. Desse modo, nenhuma responsabilidade foi atribuída à Rodosol quanto à falta de uso do imóvel.

A Instrução Conclusiva não enfrentou o argumento de que a Rodosol efetuou gastos além da previsão contratual, referentes a energia elétrica, limpeza e conservação de 03 (três) Postos de Fiscalização, já que eventuais despesas seriam classificadas como Custo de Administração e Operação, e não como Investimento, objeto da presente análise.

Tendo em vista que foram apurados apenas os Investimentos com a construção do Posto de Fiscalização, constantes do **item 3.2** do Quadro 5 do Edital, e que as alegações da Rodosol foram rejeitadas, a área técnica manteve o valor apurado no Relatório de Auditoria, no total de R\$ 309.249,33, para fins de avaliação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

d.1) Voto

Partindo da premissa de que o risco dos investimentos foi contratualmente atribuído à concessionária, faz-se necessário analisar sua repercussão sobre o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

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 contratuais⁹⁴ XII e XX.

⁹⁴ **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.

Cláusula XX
Da Revisão da Tarifa Básica

A álea extraordinária abrange, por exemplo, as situações de caso fortuito e as alterações unilaterais impostas pela Administração.

A título de ilustração, registro que, no âmbito das concessões rodoviárias federais, a modificação dos valores dos investimentos contidos nas propostas comerciais, por meio de aditivos aos contratos, foi matéria de intensa discussão no Tribunal de Contas da União (TCU) e na Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

1. O CONTRATO será revisto para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos da CONCESSIONÁRIA e a receita da concessão, com a finalidade, de manter seu inicial equilíbrio econômico-financeiro inicial.

2. Rever-se-á, também, o valor da TARIFA BÁSICA DE PEDÁGIO, na hipótese de suspensão da cobrança do pedágio ou redução do valor das tarifas de pedágio determinada por autoridade competente, da qual resulte frustração total ou parcial da receita que teria sido arrecadada pela concessionária no período da suspensão ou da redução tarifária.

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:

a) ressalvados os impostos sobre a renda, sempre que, forem criados, alterados ou extintos outros tributos ou sobrevierem disposições legais, quando ocorridas após a data de apresentação da PROPOSTA COMERCIAL, de comprovada repercussão nos custos da CONCESSIONÁRIA, para mais ou para menos, conforme o caso;

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;

c) sempre que ocorrências supervenientes, decorrentes de força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da Administração ou de interferências imprevistas resultem, comprovadamente, em acréscimo dos custos da CONCESSIONÁRIA;

d) sempre que a CONCESSIONÁRIA promover a desapropriação de bens imóveis, a instituição de servidão administrativa ou a imposição de limitação administrativa ao direito de propriedade, desde que o valor da verba indenizatória prevista não seja atingido ou seja ultrapassado;

e) sempre que a CONCESSIONÁRIA promover a rescisão dos contratos de obras e serviços de engenharia vigentes à data da transferência do controle das rodovias, nos termos da Cláusula LXXIII, desde que o valor da verba indenizatória prevista não seja atingido ou seja ultrapassado;

f) sempre que houver alteração unilateral deste CONTRATO, que comprovadamente altere os encargos da CONCESSIONÁRIA, para mais ou para menos, conforme o caso;

g) quando a CONCESSIONÁRIA auferir receita alternativa, complementar ou acessória à concessão, nas condições estabelecidas neste CONTRATO;

h) Sempre que for determinada, por autoridade competente, a suspensão da cobrança do pedágio ou a redução do valor das tarifas de pedágio, da qual resulte frustração total ou parcial da receita que teria sido arrecadada pela concessionária no período da suspensão ou da redução tarifária.

O Plenário do TCU tem decidido que os novos investimentos devem ser avaliados pelos preços referenciais oficiais, determinando que a metodologia de avaliação seja elaborada pelos órgãos de regulação das concessões, tal como consta da Decisão n. 1502/2002⁹⁵ e dos Acórdãos n. 2927/2011⁹⁶ e n. 346/2012⁹⁷.

⁹⁵ O Tribunal de Contas da União, reunido em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 1º, inciso II da Lei 8.443/92, **DECIDE**:

a) promova os devidos ajustes na Cláusula V do Aditivo 18/2000 ao Contrato 75/97, celebrado com a Rodonorte - Concessionária de Rodovias Integradas S.A., a fim de que, no caso de inclusão no Programa de Exploração Rodoviária do lote 5 de novos investimentos, ainda que os correspondentes preços unitários já tenham sido orçados na proposta comercial da Rodonorte, sejam utilizados os preços constantes das tabelas do DER/PR (Siscusto) e não aqueles indicados na proposta da concessionária;

⁹⁶ VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos de Representação ofertada pela Secretaria de Fiscalização de Desestatização em virtude de alegado desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão decorrentes da 1ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443, de 1992, referente aos contratos de concessão celebrados com a Concessionária da Rodovia Presidente Dutra (NovaDutra), Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora-Rio (Concer), Concessionária Rio-Terezópolis S.A. (CRT), Concessionária da Ponte Rio-Niterói S.A. (Ponte) e Concessionária da Rodovia Osório-Porto Alegre (Concepa), que:

9.1.1. adote, nas recomposições do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos, a metodologia aprovada na Resolução ANTT 3.651/2011, ou outra que entender mais adequada, para os eventos decorrentes de inserções de investimentos não previstos originalmente nos encargos das concessionárias, e do remanejamento ou adequação, com aumento de valor, de investimentos previstos originalmente, assegurando a todos os interessados o direito de manifestação, mediante audiências e/ou consultas públicas, com base nos art. 6º, § 1º, 9º, § 2º, 23, inciso IV, e 29, inciso V, da Lei 8.987/1995 c/c art. 6º, inciso IX, 40, inciso X, e 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, e em conformidade com o art. 24, inciso VII, da Lei 10.233/2001;

⁹⁷ VISTOS, relatados e discutidos estes autos de solicitação do Congresso Nacional, aprovada pelo Plenário do Senado Federal, para a realização de auditoria nos contratos do Programa de Concessão de Rodovias do Estado do Paraná, a fim de apurar a ocorrência de desequilíbrios econômico-financeiros.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, e com base nos arts. 1º, § 1º; 38, inciso IV; e 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, bem como no art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU e art. 14, inciso IV, da Resolução TCU 215/2008, em:

9.1. determinar ao Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná, relativamente aos contratos de concessão firmados com as empresas concessionárias de rodovias Rodovias do Norte S/A – Econorte, Rodovias Integradas do Paraná S/A – Viapar, Rodovia das Cataratas S/A – Ecocataratas, Caminhos do Paraná S/A, Concessionária de Rodovias Integradas S/A – Rodonorte e Concessionário Ecovia Caminhos do Mar S/A, que:

9.1.1 promova, no prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias, o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, ajustando os investimentos, de acordo com as necessidades públicas e as taxas de rentabilidades praticadas, a percentuais compatíveis com

Em atenção às determinações do TCU, a ANTT editou a Resolução n. 3651/2011⁹⁸, definindo os chamados novos investimentos como sendo as obras e serviços não previstos originalmente nas concessões, bem como aqueles previstos na proposta comercial, cujos valores foram aumentados por alterações contratuais.

De acordo com a norma, na análise do equilíbrio econômico-financeiro das concessões rodoviárias federais, os novos investimentos devem ser computados em fluxo de caixa marginal e avaliados, em regra, pelos preços referenciais do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT). Para as obras e serviços previstos no contrato original, cujos valores foram aumentados, devem ser computadas as diferenças entre o preço referencial e preço cotado na proposta comercial.

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 implicaram a exclusão de algumas obras previstas na proposta

o contexto econômico vigente e o custo de oportunidade atual do negócio, considerando, entre outros parâmetros, possíveis sobrepreços em obras e serviços oriundos dos termos aditivos ao contrato inicial e submetendo os resultados à avaliação deste Tribunal de Contas, com supedâneo no princípio da economicidade;

⁹⁸ **Art. 3º** Para fins de determinação dos fluxos dos dispêndios marginais serão utilizados os critérios definidos nos incisos I e II a seguir para definir o valor das obras e serviços resultantes do evento que deu causa ao reequilíbrio. *(Redação dada pela Resolução 4339/2014/DG/ANTT/MT)*

I - O valor das obras e/ou serviços deverá ser proposto pela concessionária, conforme previsto em Resolução, mediante apresentação de orçamento elaborado com base na composição de custos do Sistema de Custos Rodoviários - SICRO, sob gestão do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT. *(Acréscitado pela Resolução 4339/2014/DG/ANTT/MT)*

§5º São consideradas obras ou serviços não previstos no PER aqueles não existentes no PER, quando da publicação da Resolução nº 3.651/2011 e/ou o incremento de valores de itens existentes no PER, nos casos descritos nos incisos I e II do parágrafo 3º, caso em que o reequilíbrio econômico-financeiro deverá ser feito exclusivamente via Fluxo de Caixa Marginal. *(Acréscitado pela Resolução 4339/2014/DG/ANTT/MT)*

§6º No caso de incremento de valores a que se refere o parágrafo 5º, deverá ser apresentado o orçamento da nova obra proposta, conforme definido nos incisos I e II do art. 3º. *(Acréscitado pela Resolução 4339/2014/DG/ANTT/MT)*

§7º O valor que deverá ser acrescido ao Fluxo de Caixa Marginal será aquele decorrente da análise da diferença entre o novo orçamento, a que se refere o parágrafo 6º, e o valor previsto inicialmente. *(Acréscitado pela Resolução 4339/2014/DG/ANTT/MT)*

comercial, a inclusão de novas obras e o 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.

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).

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.

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.

Nesse contexto, entendo necessário determinar à ARSP que os Investimentos não modificados por aditivos contratuais sejam computados pelo valor ofertado na Proposta Comercial vencedora, para fins de avaliação do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato 01/98, desde que regularmente executados.

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

Quanto aos Investimentos abaixo relacionados, que foram 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:

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

Por sua vez, 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

Com base nos precedentes do TCU, entendo que, havendo a alteração de obras e serviços por aditivos contratuais, caberá à ARSP estabelecer a metodologia de cálculo dos Investimentos modificados, para que sejam considerados os preços referenciais de engenharia.

No caso de alteração dos Investimentos, as modificações introduzidas em relação à Proposta Comercial e ao Programa de Exploração de Rodovias (PER) deverão ser demonstradas e justificadas pela ARSP, inclusive quanto aos quantitativos e ao risco da concessionária.

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.

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

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

3.5. Sistema de Atendimento ao Usuário

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.

Desse modo, sem excluir a possibilidade de existirem fatos não tratados nos autos, entendo que devem ser expedidas as seguintes Determinações à ARSP:

- * 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.
- * Retirar da avaliação econômico-financeira da concessão os Investimentos excluídos por aditivos contratuais, conforme os valores previstos na Proposta Comercial.
- * 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.
- * Quanto aos Investimentos modificados por aditivos contratuais:
 - Demonstrar e justificar as modificações introduzidas em relação à Proposta Comercial e ao Programa de Exploração de Rodovias (PER), inclusive quanto aos quantitativos

- Demonstrar que as alterações não estavam inseridas no risco da concessionária
 - Elaborar metodologia de avaliação, considerando os preços referenciais de engenharia
 - 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.
- * 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.

As demais questões levantadas nos autos acerca dos Investimentos, inclusive quanto às Desapropriações, serão tratadas na sequência.

Os Investimentos abaixo elencados foram avaliados pela equipe de auditoria com base nos preços referenciais de engenharia, sendo os resultados questionados pela Rodosol, mas mantidos na Instrução Técnica Conclusiva:

1. Obras de ampliação e recuperação:

- 1.1. Duplicação ES-060 / trecho Rod. Darly Santos a Setiba
- 1.3. Duplicação da ponte do rio Jucu
- 1.4. Implantação do Complexo da Praça do Pedágio na Rod. do Sol
- 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

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

- 3.2. Posto Geral de Fiscalização

Inicialmente, entendo que os questionamentos da concessionária sobre a não inclusão pela área técnica dos Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) e da margem de tolerância de 12% – itens da IN TC n. 15/2009 – não merecem prosperar.

Como esclarecido pela área técnica, a margem de tolerância foi incluída no cálculo dos Investimentos, tal como registrado nas planilhas constantes do Apêndice E.

Os Benefícios e Despesas Indiretas não foram acrescentados aos Investimentos, sendo corretamente computados como outros encargos, a exemplo dos Custos de Mão de Obra, mantendo a mesma distribuição constante da Proposta Comercial, conforme o Anexo V⁹⁹ do Edital.

Além de respeitar a estrutura do Edital e da Proposta Comercial, a localização do BDI não prejudicou a avaliação do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, que foi baseada na análise do Fluxo de Caixa da concessão, incluindo todos os Investimentos, Custos e demais encargos, exceto financiamentos.

Entretanto, em razão da atribuição contratual do risco de investimentos à concessionária, como afirmado anteriormente, a avaliação pelos preços referenciais de engenharia deve se limitar aos investimentos incluídos e, conforme o método a ser desenvolvido pela ARSP, às obras e serviços alterados por termos aditivos.

A **Duplicação da ES – 060 / trecho Rodovia Darly Santos a Setiba** foi registrada na Proposta Comercial pelo valor de R\$ 28.516.000,00, sendo alterada pelo 1º e 2º Termos Aditivos, resultando no aumento de R\$ 5.642.132,00 em relação ao preço inicial.

Observo que o trecho Rodovia Darly Santos a Setiba sofreu alterações essenciais na construção, razão pela qual a obra deve ser avaliada segundo a

⁹⁹ Termo de Referência para Elaboração da Proposta Comercial.

metodologia a ser desenvolvida pela ARSP, considerando os preços referenciais de engenharia. Conforme explicado pela área técnica, o trecho deveria ter sido duplicado pelo eixo, com duas pistas paralelas à pista existente, mas foi duplicado pelo bordo, acrescentando-se apenas uma pista à existente. Ademais, o viaduto de acesso a Setiba foi modificado, assim como o traçado da rodovia no entroncamento com a Darly Santos, cujo viaduto foi construído pelo Concedente, embora previsto no Contrato.

A **Duplicação da ponte do rio Jucu** bem como a **Implantação do Complexo da Praça do Pedágio na Rodovia do Sol** devem ter os valores constantes da proposta Comercial mantidos, para efeito da análise do equilíbrio econômico-financeiro.

Quanto ao **Contorno de Guarapari / trecho Setiba a Rodovia Jones dos Santos Neves** e ao **Contorno de Guarapari / trecho Rodovia Jones dos Santos Neves a Meaípe**, devem ser avaliados pelos preços referenciais.

Acerca do **Posto Geral de Fiscalização**, é preciso destacar que a avaliação pelos preços referenciais, realizada pela equipe de auditoria, limitou-se ao montante destinado à construção do imóvel, não envolvendo outros aspectos relacionados ao Posto Geral, como os serviços operacionais e a aquisição de equipamentos, também inseridos no preço cotado na Proposta Comercial (R\$ 1.041.640,00).

Considerando que a obra de construção do Posto Geral de Fiscalização não sofreu alterações contratuais, deve ser computada pelo valor constante da Proposta Comercial, para fins de avaliação econômico-financeira, desde que regularmente executada.

Por outro lado, a execução dos serviços operacionais vinculados ao Posto Geral, bem como a aquisição de equipamentos e sistemas previstos no PER, foi questionada pela área técnica.

Observo que, nos termos do item 1.2.2.b.1 do Volume 4 do Programa de Exploração de Rodovias (PER)¹⁰⁰, o Posto Geral de Fiscalização foi concebido para funcionar como uma unidade rodoviária, destinada a fiscalizar veículos, condutores e usuários.

O PER distribuiu sua atividade em quatro módulos, referentes a “Policimento Rodoviário”, “Fiscalização e Controle de Emissão de Poluentes”, “ICMS” e “Saúde”.

Competiria à concessionária elaborar o projeto completo do Posto, além de fornecer os equipamentos necessários à fiscalização e toda a estrutura de comunicação com os bancos de dados de Trânsito e da Fazenda, custeando o respectivo acesso.

O PER previu, por exemplo, a existência de:

- equipamentos de decodificação de placas veiculares;
- painel de mensagens na rodovia;
- terminais de vídeo nos módulos;
- defensas para impedir a fuga de veículos;
- equipamentos de comunicação e de acesso ao banco de dados do DETRAN, no módulo de Policiamento Rodoviário;
- equipamentos e instrumentos para verificar os sistemas de segurança veicular e de emissão de poluentes, no correspondente módulo;
- equipamentos de comunicação para acesso ao banco de dados da Secretaria da Fazenda, no módulo de ICMS;
- equipamentos, mobiliário e instrumentos para avaliação física e psicológica dos motoristas, no módulo de Saúde.

A concessionária também deveria fornecer apoio e infraestrutura para o desenvolvimento das atividades, compreendendo serviço de limpeza, segurança

¹⁰⁰ F. 4.030.

patrimonial, material de escritório, equipamentos de apoio e demais instrumentos necessários.

A equipe de auditoria verificou que o Posto de Fiscalização foi construído, mas não foi utilizado pelo Poder Concedente, razão pela qual presumiu que o Investimento destinado à aquisição de equipamentos e de sistemas não seria realizado.

Entretanto, observo que a presunção é meramente relativa, pois a aquisição de equipamentos e sistemas poderá ser comprovada pela concessionária, independentemente do uso efetivo pelo Estado. Ou seja, a Rodosol pode ter instalado os equipamentos e os sistemas, conforme exigido no PER, razão pela qual a ARSP deverá verificar a execução desse investimento.

Quanto à alegação de que a concessionária efetuou gastos com energia elétrica, limpeza e conservação, acolho a análise conclusiva, no sentido de que tais despesas não poderiam ser tratadas como Investimentos, por se referirem a Custos administrativos e operacionais. Desse modo, tais valores não integram o Investimento relativo ao Posto Geral de Fiscalização.

Acredito que, diante da baixa utilização do Posto, o Poder Concedente deveria ter formalizado um aditivo ao Contrato de Concessão, buscando adequar o valor contratual do Investimento à realidade, tal como analisado no **item II.11** – Alteração nas exigências de operação/administração sem correspondente equilíbrio-econômico financeiro.

Desse modo, quanto ao Posto Geral de Fiscalização, entendo que cabe expedir as seguintes Determinações à ARSP:

- * Verificar a efetiva execução dos serviços operacionais vinculados ao Posto, inclusive quanto à aquisição de equipamentos e de sistemas, conforme exigido no PER

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

* 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-o no equilíbrio contratual

Os Investimentos abaixo relacionados não foram avaliados pela área técnica segundo os preços referenciais de engenharia, em geral, por não se inserirem no critério de amostragem descrito no Apêndice B do Relatório de Auditoria. No entanto, outras questões foram levantadas e serão analisadas na sequência:

1. Obras de ampliação e recuperação:

1.8. Recuperação e modernização da 3ª Ponte

1.9. Conservação Especial

2. Desapropriações

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

3.1. Sistema de Arrecadação

3.3. Sistema de Pesagem Móvel

3.4. Sistema de Controle de Velocidade

3.5. Sistema de Atendimento ao Usuário

3.6. Sistema de Monitoração e Controle do Tráfego

3.7. Centro de Controle Operacional / Sistema de Telecomunicação

3.8. Equipamentos e Veículos da Administração

Quanto à **Recuperação e Modernização da Terceira Ponte**, cabe destacar que o investimento foi aumentado pelo 2º Termo Aditivo, passando de R\$ 21.357.354,14 (Proposta Comercial), para cerca de R\$ 26.275.000,00.

É preciso reforçar que, na avaliação do equilíbrio contratual realizada pela área técnica, foi adotado o preço da Proposta Comercial, uma vez que o acréscimo não foi justificado pelo Poder Concedente ou pela concessionária, ou seja, não

restou demonstrada a inclusão de obras e serviços em relação à previsão contratual, entendimento que acompanho.

Observo que o 2º Aditamento fez uma rápida menção ao Investimento, registrando que a realização da pintura da Terceira Ponte ocorreria a partir de 2010 e que diversas obras, não identificadas, seriam postergadas, conforme consta da Nota 3:

NOTA 3 – Em relação ao item 1.8 – Será feita apenas uma pintura da ponte, a partir do ano 2010 (quando a pintura existente atingir 20 anos) e foram postergadas diversas obras de recuperação e manutenção, conforme cronograma físico-financeiro.

Entendo que a Nota 3 ao 2º Aditivo Contratual deveria esclarecer o motivo do incremento do valor, mas sequer mencionou sua modificação. Ao contrário, seu conteúdo parece reduzir ou adiar os Investimentos destinados à Terceira Ponte.

Como bem relatou a equipe de auditoria¹⁰¹, o Programa de Exploração de Rodovias (PER), constante do Volume 3 do Anexo III do Edital, previu a execução de vários serviços de recuperação e modernização da Terceira Ponte, estabelecendo o cronograma das obrigações.

Segundo o PER, “*especial cautela*” deveria ser dispensada pela concessionária, “*dada a localização da obra em uma atmosfera marítimo-industrial extremamente agressiva às suas estruturas*” (f. 3.978).

O Anexo III do Edital registrou que inspeções anteriores haviam detectado um “*processo de deterioração do concreto em pontos localizados nos diversos elementos estruturais da Terceira Ponte*”, acrescentando que muitas das ocorrências foram ou vinham sendo recuperadas desde janeiro de 1993.

Dentre as obrigações estipuladas pelo PER, caberia à concessionária “*executar todos os serviços de inspeção das estruturas (...), mantendo permanente*

¹⁰¹ Tabela 13 do Relatório de Auditoria (f. 10.577).

vigilância, executando inspeções rotineiras, cadastrais e especiais, com identificação e mapeamento de qualquer ocorrência, bem como executar todos os serviços de recuperação necessários ao pronto restabelecimento das perfeitas condições de trabalho das estruturas, em especial, ao provimento do tráfego seguro e ininterrupto aos usuários” (f. 3.978).

Em suma, o PER determinou a realização de várias obras e serviços, por exemplo:

1. Inspeções nas Estruturas Metálica e de Concreto;
2. Recuperação dos Pavimentos Rígido e Flexível, das Estruturas de Concreto Armado e Protendido, da Sinalização Horizontal e da Pintura Externa da Estrutura Metálica;
3. Limpeza e Desobstrução do Sistema de Drenagem e Limpeza da Pista de Rolamento.

O Anexo III do Edital estabeleceu, ainda, os cronogramas de recuperação e manutenção, registrando a periodicidade mínima de cada tarefa.

Exemplificativamente, a Pintura Externa da Estrutura Metálica deveria ocorrer, pelo menos, nos anos 3, 13 e 23 da concessão, correspondentes a 2001, 2011 e 2021, conforme consta do quadro de f. 4.005 dos autos. Entretanto, a redação do 2º Aditamento indicou que a primeira pintura foi adiada para 2010, sem indicar a motivação.

Por outro lado, os argumentos da Rodosol não podem ser acolhidos, uma vez que a empresa não apresentou os documentos que indicassem a razão do incremento do valor do qual foi beneficiária.

A simples existência de um acordo entre o Concedente e a concessionária não é suficiente para validar as modificações contidas no 2º Aditivo Contratual, uma vez que a matéria se submete à observância do interesse público, repercutindo na equação econômico-financeira da concessão e, por efeito, na tarifa de pedágio.

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 item 1.3.3 do Volume 4 do Programa de Exploração de Rodovias (PER) definiu a Conservação Especial 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.

De acordo com o PER, a Conservação Especial incidiria sobre os seguintes aspectos da rodovia:

- Pavimento;
- Recuperação de Obras de Arte Especiais e Correntes;
- Dispositivos de Segurança;
- Sinalização;
- Outras Recuperações e Complementações.

O PER descreveu as obras e serviços abrangidos pelo Investimento e estabeleceu os correspondentes padrões de qualidade, metodologias e procedimentos a serem observados na avaliação, no planejamento e na execução da Conservação Especial.

Quanto ao Pavimento (f. 4.077), por exemplo, exigiu que a concessionária elaborasse estudos detalhados e projeto executivo, observando os padrões indicados para Superfície, Conforto, Deflectometria (deformidade e vida remanescente) e Segurança.

Em relação às Obras de Arte Especiais (f. 4.082), determinou que a concessionária apresentasse um programa de monitoração e gerenciamento e, quanto à Sinalização (f. 4.084), exigiu a produção de um projeto completo de adequação, atualização e complementação, a ser implementado em 18 meses. Segundo o PER¹⁰², competiria à concessionária cumprir as seguintes etapas do Investimento (f. 4.076):

- 1^a. Dimensionamento das obras e serviços;
- 2^a. Estudos e projetos básicos e executivos, respeitando o licenciamento ambiental;
- 3^a. Planejamento e execução das obras e instalações.

Todas as fases deveriam ser acompanhadas pelo DER e as obras somente poderiam ser iniciadas após a aprovação dos projetos executivos pelo Concedente e a obtenção da licença ambiental de instalação.

Cada serviço de Conservação Especial deveria constar de um projeto específico¹⁰³, sujeito à aprovação do Poder Concedente (f. 4.086).

¹⁰² 1.3.3. CONSERVAÇÃO / MANUTENÇÃO ESPECIAL

a) Conceitos Básicos

(...)

Para tanto, a CONCESSIONÁRIA será responsável por todas as providências relativas às mesmas ou seja:

- 1) Dimensionamento;
- 2) Estudos e projetos básicos e executivos em conformidade com as exigências do licenciamento ambiental;
- 3) Planejamento e execução das obras e instalações
 - Cada uma destas etapas será acompanhada pelo DER, devendo a CONCESSIONÁRIA manter um esquema de consulta e aprovação permanente observando os necessários processos de licenciamento ambiental juntos aos órgãos competentes.
 - Qualquer uma das obras somente poderá ser iniciada após a aprovação do DER dos respectivos projetos executivos e da apresentação da requerida “LICENÇA AMBIENTAL DE INSTALAÇÃO”.
 - Os projetos executivos deverão ser enviados para aprovação pelo DER, no mínimo, com 15 (quinze) dias de antecipação ao início das obras.
 - As revisões poderão ser submetidas a aprovação durante o andamento das mesmas, mas com a antecedência necessária para a execução do serviço.
 - A identificação dos serviços referentes a Conservação / Manutenção Especial será de responsabilidade da CONCESSIONÁRIA exceto os já descritos neste Anexo. Ao longo da CONCESSÃO poderão ser dimensionadas novas recuperações em função das necessidades.

¹⁰³ 1.3.3. CONSERVAÇÃO / MANUTENÇÃO ESPECIAL

E, no prazo de 90 (noventa) dias da assinatura do Contrato, a concessionária deveria apresentar o Cronograma Básico Referencial¹⁰⁴, elencando as atividades de Conservação Especial a serem executadas durante a concessão (f. 4.086).

Constata-se, portanto, que a execução do Investimento deveria ser precedida do planejamento das obras e serviços, por meio do Cronograma Básico Referencial e dos projetos básico e executivo.

Além disso, somente poderia ser iniciada após a aprovação do Poder Concedente e a emissão da licença ambiental de instalação (quando necessária).

Entretanto, a existência dos projetos de Conservação Especial não foi comprovada. A equipe de auditoria requereu os documentos junto ao DER, à ARSI e à concessionária, mas não obteve as informações necessárias.

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 omissão dos projetos, não foi possível verificar se as obras e serviços foram realizados, razão pela qual o Investimento foi desconsiderado no equilíbrio contratual.

b) Auditoria e Fiscalização

Cada serviço de conservação / manutenção especial, será objeto de projeto específico que deverá ser submetido à aprovação do DER. Para possibilitar a fiscalização do DER, este deverá ter livre acesso a todas as anotações, dependências, laboratórios, canteiros de serviços e obras.

¹⁰⁴ **1.3.3. CONSERVAÇÃO / MANUTENÇÃO ESPECIAL**

c) Cronograma Básico Referencial

A CONCESSIONÁRIA deverá apresentar ao DER dentro de 90 (noventa) dias da assinatura do contrato o Cronograma Básico Referencial para os serviços correspondentes à Conservação Especial, com descrição das atividades que serão desenvolvidas ao longo da concessão.

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.

Aliás, destaco que, como já abordado, a conservação especial não envolve apenas a manutenção das condições ideais do pavimento, abarcando, ainda, recuperação de obras de arte especiais e correntes, dispositivos de segurança, sinalização e outras recuperações e complementações, sempre visando a manutenção das condições originariamente pactuadas para a concessão e o atendimento ao PER.

É fato que o próprio PER elencou os requisitos indispensáveis à realização da Conservação Especial, como a elaboração do Cronograma Básico Referencial, a existência de projetos específicos (básico e executivo), sua aprovação pelo Concedente e a expedição da licença ambiental de instalação.

Em contrapartida, é possível afirmar que, ainda que não tenham sido observados os documentos que atestem, de forma conclusiva, a realização de investimentos atinentes à conservação especial, há referências documentais que indicam a sua existência – tais quais as referências observadas nos ofícios encaminhados pela concessionária ao Poder Concedente, ainda que, nestes autos, estejam desacompanhados dos anexos referenciados nos mesmos, que seriam essenciais para a análise conclusiva desta Corte.

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, em procedimento próprio:

- A existência de projetos e investimentos devidamente comprovados e realizados a título de conservação especial durante o período de vigência da concessão;
- A 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;
- A 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;
- Munida das informações acima elencadas, a 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.

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

Segundo a cláusula contratual XX, item 4, letra *d*, o gasto com Desapropriação importará na revisão do equilíbrio econômico-financeiro sempre que for diferente do montante de 5 milhões de reais, fixado no Edital:

CLÁUSULA XX
Da Revisão da Tarifa Básica

1. O CONTRATO será revisto para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos da CONCESSIONÁRIA e a receita da concessão, com a finalidade de manter seu inicial equilíbrio econômico-financeiro inicial.

.....
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, a instituição de servidão administrativa ou a Imposição de limitação administrativa ao direito de propriedade, desde que o valor da verba indenizatória prevista não seja atingido ou seja ultrapassado.

Ao fixar o Investimento em 5 milhões de reais, o Anexo V do Edital¹⁰⁵ pretendeu equalizar as propostas comerciais das licitantes, pois a despesa com desapropriações não poderia ser estimada naquele momento.

O valor da Desapropriação, constante da Proposta Comercial vencedora, atendeu a uma exigência do certame, sendo que, ao longo da execução contratual, deveria ser revisto a fim de refletir a quantia efetivamente dispendida.

Portanto, de acordo com as regras do Edital e do Contrato, esse Investimento não constituiu um risco da concessionária.

Com o advento do 2º Termo Aditivo, o valor destinado a Desapropriação foi aumentado para R\$ 6.705.631,00. Entretanto, nenhuma justificativa foi apresentada para o incremento.

A equipe do TCEES verificou a despesa, a partir dos documentos obtidos, e constatou que a quantia comprovadamente dispendida pela concessionária, a

¹⁰⁵ Anexo V – Termo de Referência para Elaboração da Proposta Comercial (f. 3.733).

título de Desapropriação, somou R\$ 217.759,06, valor correspondente a R\$ 195.587,71 na data-base de outubro de 1998, descontado o índice de reajuste contratual.

Foram consideradas somente as despesas comprovadas por laudo de avaliação e parecer favorável do DER, além de recibo de pagamento ou escritura pública, excluídas as indenizações a terrenos lindeiros.

Note-se que o Investimento se destinou a custear as desapropriações propriamente ditas, bem como as servidões administrativas e as limitações administrativas ao direito de propriedade, na forma da cláusula contratual LXXVII. Neste rol, não se inseriram as demais indenizações, como o ressarcimento por danos a terrenos lindeiros:

CLÁUSULA LXXVII Da Verba para Custeio de Desapropriação

A CONCESSIONÁRIA deverá dispor de uma verba no valor de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), destinada a indenizar, no curso da concessão, as desapropriações, instituição de servidões administrativas ou limitações administrativas ao direito de propriedade, necessárias ao cumprimento das metas e objetivos da concessão. Na eventualidade desta verba ser ultrapassada, levando a CONCESSIONÁRIA à desembolsar valores superiores ao acima estimado, a diferença será ressarcida à mesma, via ajuste nas tarifas de pedágio, para que seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO.

Em sua resposta à notificação, a concessionária reforçou que o Investimento atingiu R\$ 6.705.631,00, conforme previsto no 2º Aditivo, ocasionando um desequilíbrio contratual em prejuízo da empresa.

Entretanto, não trouxe documentos demonstrando a execução do gasto pleiteado nem a estimativa de futuras despesas, afirmando que os papéis estariam em poder da AGE.

Diante da falta de comprovação do gasto e de demonstração de sua estimativa, a área técnica não considerou o acréscimo constante do 2º Aditamento

Contratual, mantendo a quantia em R\$ 195.587,81 (data-base: outubro/1998), conforme apurado no Relatório de Auditoria.

Por outro lado, o setor técnico observou que o montante pleiteado pela Rodosol (R\$ 6.705.631,00) equivalia a R\$ 2.977.338,46, na data-base contratual (outubro de 1998), descontada a taxa de reajuste contratualmente estabelecida, sendo, portanto, inferior à quantia fixada na licitação.

Há de se destacar que, a despeito de não ter sido apresentada a documentação comprobatória por parte da concessionária do montante que alega 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, dirijo parcialmente da área técnica e apresento as seguintes propostas:

- * **Determinar**, à ARSP, que:
 - Demonstre as justificativas para o acréscimo do Investimento de Desapropriação (item 2) pelo 2º Termo Aditivo;
 - Verifique as desapropriações efetivamente realizadas, bem como aquelas pendentes de decisão judicial;

- * **Determinar**, à ARSP, que o Investimento de Desapropriação (item 2) seja considerado, para fins de avaliação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, de acordo com os seguintes critérios:
 - Existência de Laudo de Avaliação e de Parecer favorável do DER;
 - Existência de Recibo de Pagamento ou de Escritura Pública;
 - Exclusão de despesas não previstas, expressamente, na cláusula contratual LXXVII, como as indenizações por danos a terrenos lindeiros.

Quanto aos **Sistemas de Arrecadação, Pesagem Móvel, Controle de Velocidade, Monitoração e Controle do Tráfego, Controle Operacional / Sistema de Telecomunicação**, além de **Equipamentos e Veículos da Administração** (itens 3.1, 3.3, 3.4, 3.6, 3.7 e 3.8), devem ser computados pelo preço contido na Proposta Comercial, já que não sofreram alterações por aditivos, para fins de avaliação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

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.

O Investimento referente ao **Sistema de Atendimento ao Usuário** (item 3.5) foi alterado por aditivos contratuais e deve ser avaliado segundo a metodologia a ser desenvolvida pela ARSP, considerando preços referenciais que expressem o valor de mercado.

Os demais Investimentos não avaliados foram considerados, para fins de avaliação do equilíbrio contratual, conforme os valores expressos na Proposta Comercial.

Quanto ao **Investimentos Adicionais**, pleiteados pela Rodosol, acolho o entendimento técnico pela não inclusão. Segundo os fundamentos da Conclusiva (f. 25.245 / 25.246), que passo a adotar, parte das obras e serviços já estava contemplada nos cálculos da equipe de auditoria.

Outra parcela, incluindo algumas Condicionantes Ambientais, foi rejeitada pelo Poder Concedente, por estar prevista no orçamento inicial dos Investimentos, não podendo ser computada em duplicidade.

As demais **Condicionantes Ambientais e o Projeto** foram requeridos pela Rodosol, mas estavam pendentes de verificação pelo Concedente, razão por que não foram consideradas pela área técnica, posição que acompanho.

A título de melhor compreensão da matéria, segue a tabela comparativa entre os Investimentos elencados no Edital de licitação, a avaliação realizada pela equipe de auditoria e cálculo defendido pela Rodosol, com as modificações trazidas pelo 1º e 2º Termos Aditivos, editados em 2002 e 2005.

Os demais aditamentos não alteraram o Quadro de Investimentos. Note-se que os valores trazidos pela Rodosol (f. 14.873) coincidiram com os preços dos Investimentos contidos no 2º Termo Aditivo (f. 13.414), exceto quanto às “Condicionantes Ambientais” e ao “Projeto”.

Apêndice P, tabela 13 e f. 14.873	a) Proposta Comercial*	b) Rodosol**	c) TCEES*
TOTAL DE INVESTIMENTOS	148.261,00	156.006,83	79.415,00
1. Obras de ampliação e recuperação:	138.133,00	143.635,09	74.284,00
1.1. Duplicação ES-060 / Rod. Darly Santos a Setiba ¹	28.516,00	34.157,69	20.683,00
1.2. Duplicação ES-060 / Graçaí a Meaípe ²	3.100,00	0	0
1.3. Duplicação da ponte do rio Jucu	3.072,00	3.072,00	1.690,00
1.4. Impl. Complexo Praça Pedágio na Rod. do Sol	1.558,00	1.558,00	1.161,00
1.5. Contorno de Guarapari / Setiba a Praia de Graçaí ²	27.448,00	0	0
1.5.R. Contorno de Guarapari / Setiba a Rod. Jones ³	0	18.806,00	17.106,00
1.6. Contorno de Guarapari / Setiba a Praia de Graçaí ²	11.703,00	0	0
1.6.R. Contorno de Guarapari / Rod. Jones a Meaípe ³	0	12.161,00	12.287,00
1.7. Interligação Av. Carlos Lindemberg a 3ª Ponte ²	5.685,00	0	0
1.8. Recuperação e modernização da 3ª Ponte ¹	21.357,00	26.274,65	21.357,00
1.9. Conservação Especial ¹	35.694,00	40.801,00	0
Condicionantes (pleiteado pela Rodosol)	0	5.845,65	0
Projeto (pleiteado pela Rodosol)	0	959,22	0
2. Desapropriações¹:	5.000,00	6.705,63	196,00
3. Infraestrutura para serviços de operação, conservação e administração:	5.129,00	5.666,11	4.993,00
3.1. Sistema de Arrecadação	1.932,00	1.932,22	1.932,00
3.2. Posto Geral de Fiscalização	1.042,00	1.041,64	309,00
3.3. Sistema de Pesagem Móvel	513,00	512,93	513,00
3.4. Sistema de Controle de Velocidade	192,00	191,64	192,00
3.5. Sistema de Atendimento ao Usuário ¹	693,00	1.230,12	1.230,00
3.6. Sistema de Monitoração e Controle do Tráfego	568,00	568,17	568,00
3.7. Centro Controle Operacional / Sistema de Telecomunicação	189,00	189,39	189,00
3.8. Equipamentos de Veículos da Administração	0	0	0

* Valores aproximados; R\$ x 1.000.

** O total de Investimentos constante do 2º Termo Aditivo foi de cerca de **R\$ 149.202.000,00**.

¹ Valor aumentado pelo 2º Termo Aditivo.

² Investimento excluído.

³ Investimento incluído pelo 1º Termo Aditivo.

A divergência entre os valores apurados pela área técnica e pela Rodosol foi determinada pelos seguintes Investimentos:

Apêndice P, tabela 13 e f. 14.873	b) Rodosol	c) TCEES*	b-c*	% sobre a diferença*
TOTAL DE INVESTIMENTOS	156.006,83	79.415,00	76.591,83	100%
1. Obras de ampliação e recuperação:	143.635,09	74.284,00	69.351,09	90,5%
1.1. Duplicação ES-060 / Rod. Darly Santos a Setiba	34.157,69	20.683,00	13.474,69	17,6%
1.3. Duplicação da ponte do rio Jucu	3.071,93	1.690,00	1.381,93	1,8%
1.4. Impl. Complexo Praça Pedágio na Rod. do Sol	1.557,95	1.161,00	396,95	0,5%
1.5.R. Contorno de Guarapari / Setiba a Rod. Jones	18.806,00	17.106,00	1.700,00	2,2%
1.6.R. Contorno de Guarapari / Rod. Jones a Meaípe	12.161,00	12.287,00	-126,00	-0,2%
1.8. Recuperação e modernização da 3ª Ponte	26.274,65	21.357,00	4.917,65	6,4%
1.9. Conservação Especial	40.801,00	0	40.801,00	53,3%
Condicionantes (pleiteado pela Rodosol)	5.845,65	0	5.845,65	7,6%
Projeto (pleiteado pela Rodosol)	959,22	0	959,22	1,3%
2. Desapropriações:	6.705,63	196,00	6.509,63	8,5%
3. Infraestrutura para serviços de operação, conservação e administração:	5.666,11	4.993,00	733,11	1,0%
3.2. Posto Geral de Fiscalização	1.041,64	309,00	732,64	1,0%

* Valores aproximados; R\$ x 1.000.

Constata-se que a diferença entre o total de Investimentos pleiteado pela Rodosol (R\$ 156.006.830,00) e o montante calculado pela área técnica (R\$ 79.415.000,00) foi de, aproximadamente, R\$ 76.591.830,00.

Segundo a ordem decrescente de divergência entre os cálculos, os Investimentos seguem assim classificados:

Investimento	Diferença*	% da Diferença Total
1.9. Conservação Especial	40.801,00	53,3%
1.1. Duplicação ES-060 / Rod. Darly Santos a Setiba	13.474,69	17,6%
Condicionantes e Projeto	6.804,87	8,9%
2. Desapropriações	6.509,63	8,5%
1.8. Recuperação e modernização da 3ª Ponte	4.917,65	6,4%
1.5.R. Contorno de Guarapari / Setiba a Rod. Jones	1.700,00	2,2%
1.3. Duplicação da ponte do rio Jucu	1.381,93	1,8%
3.2. Posto Geral de Fiscalização	732,64	1,0%
1.4. Impl. Complexo Praça Pedágio na Rod. do Sol	396,95	0,5%
1.6.R. Contorno de Guarapari / Rod. Jones a Meaípe	-126,00	-0,2%
Diferença Total	76.591,83	100%

* Valores aproximados; R\$ x 1.000.

As linhas sombreadas evidenciam os Investimentos cuja diferença entre os cálculos foi ocasionada apenas pela adoção dos preços referenciais de engenharia.

Do total aproximado de R\$ 76.591.830,00, o montante de R\$ 16.827.570,00, ou 20,97%, resultou da avaliação dos Investimentos, exclusivamente. A outra parcela, correspondente a R\$ 59.766.260,00 ou 79,03%, envolveu questões alheias aos preços referenciais, como a ausência de justificativa para o aditamento contratual.

A maior parte da divergência entre os cálculos foi provocada pela Conservação Especial (item 1.9), correspondendo a R\$ 40.801.000,00 ou 53,3% da diferença.

A discrepância de valores também foi ocasionada pela obra de Duplicação da Rodovia ES-060 / trecho Rodovia Darly Santos a Setiba (item 1.1), equivalendo a R\$ 13.474.690,00 ou 17,6%.

Em seguida, os Investimentos Adicionais, referentes às Condicionantes Ambientais e ao Projeto, responderam por cerca de R\$ 6.804.870,00 ou 8,9% da diferença entre os cálculos da concessionária e da área técnica.

As Desapropriações (item 2) respondem por R\$ 6.509.630,00 ou 8,5% da divergência.

A última divergência relevante entre os cálculos da área técnica e da concessionária refere-se à Recuperação e modernização da 3ª Ponte (item 1.8), correspondendo a R\$ 4.917.650,00 da diferença ou 6,4%, aproximadamente.

Em suma, no que diz respeito às providências a serem adotadas quanto aos indicativos tratados neste tópico, acompanho, em parte, a análise conclusiva dos fatos e, sem excluir a possibilidade de existirem fatos não tratados nos autos, voto para que sejam expedidas as seguintes Determinações à ARSP:

- * 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.

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

- * 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.

- * Quanto aos Investimentos modificados por aditivos contratuais:

- Demonstrar e justificar as modificações introduzidas em relação à Proposta Comercial e ao Programa de Exploração de Rodovias (PER), inclusive quanto aos quantitativos
- Demonstrar que as alterações não estavam inseridas no risco da concessionária
- Elaborar metodologia de avaliação, considerando os preços referenciais de engenharia
- 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.

* 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.

* Quanto à Conservação Especial:

- Apurar a existência de projetos e investimentos devidamente comprovados e realizados a título de conservação especial durante o período de vigência da concessão;
- Apurar a 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;
- Verificar a 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;
- Munida das informações acima elencadas, apurar a 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.

* Quanto às Desapropriações:

- Demonstrar as justificativas para o acréscimo do Investimento de Desapropriação pelo 2º Termo Aditivo;
- Verificar as desapropriações efetivamente realizadas, bem como aquelas pendentes de decisão judicial;
- Adotar, para fins de avaliação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, os seguintes critérios:

-Existência de Laudo de Avaliação e de Parecer favorável do DER;

-Existência de Recibo de Pagamento ou de Escritura Pública;

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

* Quanto ao Posto Geral de Fiscalização:

- Verificar a efetiva execução dos serviços operacionais vinculados ao Posto, inclusive quanto à aquisição de equipamentos e de sistemas, conforme exigido no PER
- Considerar o preço do Investimento conforme cotado na Proposta Comercial, para fins de avaliação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão
- 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-o no equilíbrio contratual

II.17.2 – Ocorrência 2 – Aplicação de redutor na tarifa de pedágio da Terceira Ponte

O redutor de 24,24% sobre o pedágio da Terceira Ponte foi instituído pelo 2º Aditivo Contratual¹⁰⁶ para vigorar a partir de 1º de janeiro de 2007, como uma medida compensatória à alteração de obras e à suspensão do pagamento de 3% sobre a receita bruta (outorga).

Na Tabela 71 do Relatório de Auditoria (f. 10.756), a equipe técnica calculou a perda de receita tarifária sobre a receita projetada na Proposta Comercial, alcançando o montante de R\$ 95.844.173,36.

A Rodosol não questionou o relato técnico, que foi integralmente mantido na Conclusiva.

Desse modo, acompanho a análise conclusiva, que passa a integrar a Fundamentação do presente tópico, e mantenho a Ocorrência como um evento de desequilíbrio contratual.

II.17.3 – Ocorrência 3 – Congelamento da tarifa de pedágio da Terceira Ponte

Nos anos de 2004 a 2006, a tarifa de pedágio da Terceira Ponte não foi reajustada, sendo mantido o valor de R\$ 1,50 (um real e cinquenta centavos), vigente desde 2003.

¹⁰⁶ **Cláusula Segunda**

Parágrafo Primeiro – A partir de 01 de janeiro de 2007 (inclusive) a tarifa básica (TB) da praça de pedágio localizada na Ponte Castello Mendonça será reajustada no primeiro dia de cada ano, utilizando-se a fórmula paramétrica prevista na cláusula XIX do contrato ora aditado.

Sobre o resultado encontrado será aplicado o redutor de 24,24% (vinte e quatro vírgula vinte e quatro por cento), que compensa a supressão e aditamento de obras e a suspensão do encargo previsto na cláusula LXXX do contrato aditado, que eram devidos anteriormente a esse aditamento.

O 2º Termo Aditivo¹⁰⁷ formalizou a falta do reajuste, como uma medida de modicidade tarifária e de compensação pela realocação de obrigações contratuais.

A equipe de auditoria apurou a perda sobre a receita projetada na Proposta Comercial, que atingiu o montante de R\$ 10.324.027,83, conforme demonstrado nas Tabelas 72 e 73 do Relatório de Auditoria (f. 10.759), abaixo resumidas:

Ano	Tarifa reajustada	Índice de defasagem	Perda de receita*
2004	1,68	10,71%	2.000.000,00
2005	1,84	18,48%	3.543.000,00
2006	1,98	24,24%	4.781.000,00
*Valor aproximado.			10.324.000,00

Entretanto, a equipe técnica ressaltou que a falta de reajuste tarifário foi objeto de reequilíbrio contratual, por ocasião do 2º Aditamento e, conforme previsto naquele Termo, não poderia ser discutida futuramente pela concessionária. O setor técnico reforçou que a Rodosol chegou a pleitear a concessão dos reajustes, que foi negado pela ARSI e pela PGE.

A Rodosol não questionou o relato técnico, que foi integralmente mantido na Conclusiva.

Desse modo, acompanho a análise conclusiva, que passa a integrar a Fundamentação do presente tópico, e mantenho a Ocorrência como um evento de desequilíbrio contratual.

¹⁰⁷ **Cláusula Segunda** – O valor da tarifa básica reajustada (TBR) da praça de pedágio localizada na Ponte Castello Mendonça é mantido em R\$ 1,50 (hum real e cinquenta centavos) até o dia 31 de dezembro de 2006.

Cláusula Terceira - Em virtude da adoção de uma política que visa a modicidade da tarifa de pedágio, conjugada com a realocação de responsabilidades contratuais, preservando, simultaneamente, a qualidade e a segurança das condições de tráfego e garantindo os investimentos de interesse da população, as partes estabelecem:

1) Não homologação do reajuste tarifário contratual para a Praça de Pedágio da Ponte Castello Mendonça, nos anos de 2003, 2004 e 2005, que não poderá ser objeto de reivindicação pela Concessionária seja a que título for;

II.17.4 – Ocorrência 4 – Atraso na homologação do reajuste tarifário

A equipe de auditoria verificou que os reajustes tarifários nas duas praças de pedágio começaram a vigorar após as datas fixadas no Contrato e Aditivos, totalizando 80 dias de atraso na Terceira Ponte e 89 dias, na Praia do Sol, entre os anos de 2000 e 2007.

A perda de receita tarifária, durante os atrasos, foi apurada proporcionalmente ao fluxo real de veículos informado pela concessionária, atingindo o montante de R\$ 656.386,91, na data-base de outubro de 1998, conforme a Tabela 82 (f. 10.770).

A Rodosol não questionou o relato técnico, que foi integralmente mantido na Conclusiva.

Desse modo, acompanho a análise conclusiva, que passa a integrar a Fundamentação do presente tópico, e mantenho a Ocorrência como um evento de desequilíbrio contratual.

II.17.5 – Ocorrência 5 – Isenção do pedágio para os ônibus do Sistema Transcol

a.5) Relatório de Auditoria

O 2º Termo Aditivo¹⁰⁸ alterou a cláusula XVIII¹⁰⁹ do Contrato 1/1998, incluindo os ônibus do Sistema Metropolitano de Transporte Coletivo (Transcol) no rol de veículos isentos do pagamento de pedágio, a contar de 1º de janeiro de 2006.

¹⁰⁸ **Cláusula Terceira** - Em virtude da adoção de uma política que visa a modicidade da tarifa de pedágio, conjugada com a realocação de responsabilidades contratuais, preservando, simultaneamente, a qualidade e a segurança das condições de tráfego e garantindo os investimentos de interesse da população, as partes estabelecem:

6) Fica adicionada à cláusula XVIII, item 5 do contrato de concessão nº 01/98, o subitem "VI- os ônibus do Sistema Transcol", a partir de 01 de janeiro de 2006.

¹⁰⁹ **Cláusula XVIII - Do Sistema Tarifário**

Segundo a equipe de auditoria, até 2012, os ônibus do Transcol circularam apenas pela Terceira Ponte, motivo pelo qual a isenção não repercutiu sobre a arrecadação de pedágio da Praia do Sol.

Sendo assim, a equipe do TCEES calculou a perda de receita tarifária apenas na Terceira Ponte, a partir do volume de tráfego dos ônibus do Transcol.

Para apurar o volume de tráfego, a equipe técnica requisitou, à concessionária, o Relatório da Unidade Lógica e Operacional de Pista (ULOP), contendo os dados sobre a categoria e a quantidade de ônibus Transcol na travessia da Terceira Ponte, mas não obteve resposta.

Diante da omissão de documentos, o volume de tráfego, no período de 2006 a 2012, foi calculado a partir dos dados fornecidos pela Companhia Estadual de Transportes Urbanos (CETURB).

Considerando que as informações obtidas não segregaram os ônibus do Transcol por categoria tarifária (“2” ou “4”), o volume de tráfego para ônibus articulado (categoria 4) correspondeu ao percentual de 5,12% do total, conforme a proporção da frota de veículos, sendo o restante do tráfego calculado pela tarifa da categoria 2.

A equipe de auditoria estimou o tráfego no período de 2013 a 2023 segundo as taxas de crescimento constantes da Proposta Comercial.

Também foi aplicado o redutor de 24,24% sobre as tarifas de pedágio da Terceira Ponte, tal como determinado no 2º Termo Aditivo. As tarifas das categorias 2 e 4, nos valores de R\$ 1,88 e R\$ 2,82, foram reduzidas para R\$ 1,42 e R\$ 2,14.

De acordo com a Tabela 18 do Apêndice O (f. 25.597), a perda de receita tarifária, de 2006 até o fim da concessão, somou R\$ 12.482.906,86, na data-base de outubro/1998.

5. Terão trânsito livre nas rodovias e nos trechos rodoviários de acesso que compõem o SISTEMA RODOVIA DO SOL, ficando portanto isentos do pagamento de pedágio, os veículos:

b.5) Respostas à citação e à notificação

A Rodosol apresentou a tabela de f. 14.875, indicando o fluxo de veículos contabilizado pelo sistema de contagem da Terceira Ponte, acrescido da projeção por categoria tarifária.

Segundo a concessionária, a perda de receita foi de R\$ 14.439.639,00, superior à quantia aferida pelo Tribunal.

c.5) Instrução Técnica Conclusiva

A área técnica destacou que os dados inseridos na planilha da Rodosol não foram comprovados por documentos idôneos, em especial, por Relatórios da Unidade Lógica e Operacional de Pista (ULOP).

Além disso, o fluxo de ônibus indicado pela concessionária foi superior ao volume de tráfego calculado pelo TCEES, conforme demonstrado do Quadro 9 do Apêndice O da Conclusiva (f. 25.600), abaixo resumido:

Volume de tráfego (2006 a 2023)	Rodosol	TCEES	Diferença
Transcol – Categoria 2	8.407.797	8.128.988	278.809
Transcol – Categoria 4	671.819	439.133	232.686

O cálculo apresentado pela Rodosol também não considerou a incidência do redutor de 24,24% sobre as tarifas de pedágio da Terceira Ponte, contrariando a determinação contida no 2º Termo Aditivo.

Tendo em vista que os dados trazidos pela Rodosol não foram comprovados, a análise conclusiva manteve o cálculo do Relatório de Auditoria.

Reiterou que a ARSI deverá utilizar documentos fidedignos para apurar a perda real de receita tarifária decorrente da isenção.

d.5) Voto

A isenção de pagamento do pedágio foi concedida aos ônibus do Sistema Transcol a partir de 1º de janeiro de 2006, nos moldes do 2º Aditivo Contratual, constituindo uma perda de receita tarifária para a Rodosol.

No cálculo do montante da isenção, a equipe de auditoria utilizou a documentação fornecida pela CETURB, já que a Rodosol não entregou os Relatórios da Unidade Lógica e Operacional de Pista (ULOP), contendo os registros do tráfego real.

Os dados da CETURB não eram os mais precisos, já que não segregaram os ônibus do Transcol de acordo com suas categorias tarifárias, levando a equipe técnica a apurar o volume de tráfego da categoria 4 proporcionalmente à quantidade de veículos articulados da frota.

Nesses moldes, o volume de tráfego calculado pela equipe do TCEES não foi exato, mas atendeu ao propósito de estimar o equilíbrio do Contrato.

Por sua vez, a Rodosol não se desincumbiu da obrigação de demonstrar o controle do volume real dos ônibus isentos, no período de 2006 a 2012, limitando-se a elaborar a planilha de f. 14.875, sem comprovar os dados inseridos.

Tal obrigação foi anunciada no Volume IV do Programa de Exploração de Rodovias (PER), que descreveu os serviços de natureza operacional de competência da concessionária, dentre os quais se destacam o controle do tráfego e o controle financeiro e contábil da arrecadação nas Praças de Pedágio¹¹⁰.

¹¹⁰ **1.1.1) SERVIÇOS CORRESPONDENTES ÀS FUNÇÕES DE OPERAÇÃO**

Os Serviços Correspondentes às Funções de Operação do SISTEMA RODOVIA DO SOL serão desenvolvidos na Ponte Castello de Mendonça e sua Praça de Pedágio, em toda a extensão da Rodovia do Sol (...), e abrangerão as atividades descritas a seguir:

Importa frisar que, na avaliação do equilíbrio contratual, caberá à ARSP calcular a perda de receita com exatidão, a partir do volume de tráfego efetivo dos veículos isentos.

Eventual projeção só poderá ser computada quanto aos anos ainda não decorridos, devendo ser revista conforme a perda real de receita.

Desse modo acompanho a análise conclusiva quanto à manutenção da Ocorrência, acrescentando a seguinte proposta:

* Determinar, à ARSP, que, na avaliação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, adote os seguintes critérios, quanto à Ocorrência 5 – Isenção do pedágio para os ônibus do Sistema Transcol:

- Aplicação do redutor de 24,24% sobre a tarifa de pedágio da Terceira Ponte;
- Apuração do volume real de tráfego com exatidão, por categoria tarifária, baseando-se em documentos, como os Relatórios da Unidade Lógica e Operacional de Pista (ULOP).

II.17.6 – Ocorrência 6 – Suspensão da cobrança da outorga

A cláusula contratual LXXX¹¹¹ estipulou o pagamento mensal de 3% da arrecadação bruta de pedágio, a contar do 5º aniversário do Contrato (21/12/2003), devido pela concessionária ao DER como uma remuneração pela exploração do sistema rodoviário (outorga).

a) operação das Praças de Pedágio, incluindo a arrecadação da tarifa, o controle de tráfego de veículos e o controle financeiro e contábil dos valores arrecadados;

¹¹¹ **CLÁUSULA LXXX - Do Pagamento dos Direitos da Concessão**

1. Além das verbas estabelecidas nas Cláusulas LXXVII a LXXIX anteriores, a CONCESSIONÁRIA arcará com o pagamento ao DER/ES, a partir do 5º (quinto) aniversário deste CONTRATO, e até a extinção da concessão, da importância mensal equivalente a 3% (três por cento) sobre a arrecadação bruta mensal do pedágio, à título de remuneração pelo direito de exploração do SISTEMA RODOVIADO SOL.

Não houve pagamentos.

O 2º Termo Aditivo¹¹² suspendeu a obrigação por tempo indeterminado, tendo em vista a realocação de responsabilidades contratuais e a modicidade tarifária.

A equipe de auditoria calculou a economia de despesa obtida pela concessionária, com base na receita tarifária da Proposta Comercial, alcançando o valor de R\$ 24.160.024,01, conforme demonstrado na Tabela 85 (f. 10.778).

A Rodosol não questionou o relato técnico, que foi integralmente mantido na Conclusiva.

Desse modo, acompanho a análise conclusiva, que passa a integrar a Fundamentação do presente tópico, e mantenho a Ocorrência como um evento de desequilíbrio contratual.

II.17.7 – Ocorrência 7 – Recebimento de receitas alternativas

A cláusula contratual XX determinou que as receitas alternativas, distintas da tarifa de pedágio, efetivamente auferidas pela concessionária, fossem computadas na equação econômico-financeira da concessão:

CLÁUSULA XX - Da Revisão da Tarifa Básica

1. O CONTRATO será revisto para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos da CONCESSIONÁRIA e a receita da concessão, com a finalidade de manter seu inicial equilíbrio econômico-financeiro inicial.

.....

¹¹² **Cláusula Terceira** - Em virtude da adoção de uma política que visa a modicidade da tarifa de pedágio, conjugada com a realocação de responsabilidades contratuais, preservando, simultaneamente, a qualidade e a segurança das condições de tráfego e garantindo os investimentos de interesse da população, as partes estabelecem:

5) Fica suspenso, por tempo indeterminado, o encargo previsto na cláusula LXXX do contrato aditado, ficando, em consequência, a CONCESSIONÁRIA desobrigada de pagar ao DERTES, mensalmente, a importância equivalente a 3%(três por cento) sobre a arrecadação bruta mensal do pedágio, a título de remuneração pelo direito de exploração do SISTEMA RODOVIA DO SOL.

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

.....
g) quando a CONCESSIONÁRIA auferir receita alternativa, complementar ou acessória à concessão, nas condições estabelecidas neste CONTRATO.

A equipe de auditoria considerou a receita alternativa informada pela ARSI, conforme demonstrado na Tabela 86 (f. 10.781), já que a Rodosol não forneceu os dados requisitados pelo Tribunal.

O incremento na arrecadação somou R\$ 4.526.102,95, na data-base de outubro de 1998, incluindo as receitas alternativas computadas no 2º Termo Aditivo, as registradas nos balanços contábeis da concessionária e as projetadas pela Fundação Getúlio Vargas, até o fim da concessão.

A Rodosol não questionou o relato técnico, que foi integralmente mantido na Conclusiva.

Desse modo, acompanho a análise conclusiva, que passa a integrar a Fundamentação do presente tópico, e mantenho a Ocorrência como um evento de desequilíbrio contratual.

II.17.8 – Ocorrência 8 – Mudanças na legislação da COFINS

Na data da apresentação da Proposta Comercial, a alíquota da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) era de 2% sobre a base de cálculo (receita bruta).

Ao longo da concessão, o percentual foi alterado, assim como a base de incidência, conforme consolidado no Quadro 6 do Relatório de Auditoria (f. 10.783).

Com fundamento na cláusula contratual XX¹¹³, a equipe técnica apurou o impacto da modificação do tributo sobre o equilíbrio da concessão, a partir da receita projetada na Proposta Comercial.

A equipe de auditoria constatou que a despesa com o pagamento da COFINS foi majorada em R\$ 9.133.680,64, conforme demonstrado na Tabela 87 (f. 10.784).

A Rodosol não questionou o relato técnico, que foi integralmente mantido na Conclusiva.

Desse modo, acompanho a análise conclusiva, que passa a integrar a Fundamentação do presente tópico, e mantenho a Ocorrência como um evento de desequilíbrio contratual.

II.17.9 – Ocorrência 9 – Mudanças na legislação do PIS

Na data da apresentação da Proposta Comercial, a alíquota do Programa de Integração Social (PIS) era de 0,65% sobre a base de cálculo (receita bruta).

Ao longo da concessão, o percentual foi alterado, assim como a base de incidência, conforme consolidado no Quadro 7 do Relatório de Auditoria (f. 10.786).

Com fundamento na cláusula contratual XX¹¹⁴, a equipe técnica apurou o impacto da modificação do tributo sobre o equilíbrio da concessão, a partir da receita projetada na Proposta Comercial.

¹¹³ **Cláusula XX - Da Revisão da Tarifa Básica**

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

a) ressalvados os impostos sobre a renda, sempre que, forem criados, alterados ou extintos outros tributos ou sobrevierem disposições legais, quando ocorridas após a data de apresentação da PROPOSTA COMERCIAL, de comprovada repercussão nos custos da CONCESSIONÁRIA, para mais ou para menos, conforme o caso;

¹¹⁴ **Cláusula XX - Da Revisão da Tarifa Básica**

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

A equipe de auditoria constatou que a despesa com o pagamento do PIS foi reduzida em R\$ 100.562,95, conforme demonstrado na Tabela 88 (f. 10.787).

A Rodosol não questionou o relato técnico, que foi integralmente mantido na Conclusiva.

Desse modo, acompanho a análise conclusiva, que passa a integrar a Fundamentação do presente tópico, e mantenho a Ocorrência como um evento de desequilíbrio contratual.

II.17.10 – Ocorrência 10 – Mudanças na legislação da CPMF

Na data da apresentação da Proposta Comercial, a alíquota da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF) era de 0,2% sobre a base de cálculo.

Ao longo da concessão, o percentual foi alterado, conforme consolidado no Quadro 8 do Relatório de Auditoria (f. 10.789).

Com fundamento na cláusula contratual XX¹¹⁵, a equipe técnica apurou o impacto da modificação do tributo sobre o equilíbrio da concessão, a partir das Saídas de Caixa estimadas na Proposta Comercial.

A equipe de auditoria constatou que a despesa com o pagamento da CPMF foi majorada em R\$ 650.292,91, conforme demonstrado na Tabela 89 (f. 10.790).

a) ressalvados os impostos sobre a renda, sempre que, forem criados, alterados ou extintos outros tributos ou sobrevierem disposições legais, quando ocorridas após a data de apresentação da PROPOSTA COMERCIAL, de comprovada repercussão nos custos da CONCESSIONÁRIA, para mais ou para menos, conforme o caso;

¹¹⁵ **Cláusula XX - Da Revisão da Tarifa Básica**

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

a) ressalvados os impostos sobre a renda, sempre que, forem criados, alterados ou extintos outros tributos ou sobrevierem disposições legais, quando ocorridas após a data de apresentação da PROPOSTA COMERCIAL, de comprovada repercussão nos custos da CONCESSIONÁRIA, para mais ou para menos, conforme o caso;

A Rodosol não questionou o relato técnico, que foi integralmente mantido na Conclusiva.

Desse modo, acompanho a análise conclusiva, que passa a integrar a Fundamentação do presente tópico, e mantenho a Ocorrência como um evento de desequilíbrio contratual.

II.17.11 – Ocorrência 11 – Repasses e exclusão da Verba para Custeio da Fiscalização

A Verba para Custeio da Fiscalização deveria ser repassada pela concessionária ao DER de acordo com os valores estipulados na cláusula contratual LXXVI¹¹⁶. Entretanto, a Rodosol deixou de transferir a quantia de R\$ 82.114,65, entre 1999 e 2010, conforme demonstrado na Tabela 6 do Relatório de Auditoria (f. 10.454).

Segundo analisado no tópico **II.9** deste Voto, o repasse a menor foi ocasionado pela incidência do redutor de 24,24%, criado pelo 2º Termo Aditivo. O procedimento foi considerado indevido, pois a aplicação do redutor ficou expressamente restrita à tarifa de pedágio da Terceira Ponte, não incidindo sobre outras verbas contratuais.

¹¹⁶ **CLÁUSULA LXXVI**

Da Verba para Custeio da Fiscalização

- 1.** A CONCESSIONÁRIA arcará com uma verba destinada a cobrir as despesas do DER/ES com a fiscalização da concessão.
- 2.** A Verba para Custeio da Fiscalização será paga pela CONCESSIONÁRIA ao DER/ES nos valores e períodos abaixo indicados:
 - a)** no primeiro ano de Concessão: R\$ 310.000,00 (trezentos e dez mil reais)
 - b)** do segundo ao quinto ano da concessão: R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);
 - c)** nos anos correspondente ao 6º, 9º, 12º, 15º, 18º, 21º e 24º aniversários deste CONTRATO: R\$ 90.000,00 (noventa mil reais);
 - d)** nos demais anos da concessão, que não os referidos na letra anterior: R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).
- 3.** Os valores mensais correspondentes à verba de fiscalização serão depositados pela CONCESSIONÁRIA até 5º (quinto) dia 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.

Além disso, a Verba para Custeio da Fiscalização foi extinta pelo 2º Termo Aditivo¹¹⁷, a contar de 31 de dezembro de 2010, reduzindo as despesas da concessionária até o final do contrato.

A equipe de auditoria calculou a redução das Saídas de Caixas, provocada pelo repasse a menor e pela extinção da Verba, totalizando R\$ 982.114,65, durante os 25 anos de concessão, conforme demonstrado na Tabela 90 do Relatório de Auditoria (f. 10.793).

Embora a Rodosol tivesse defendido a incidência do redutor, alegação rejeitada no tópico **II.9**, o Parecer da MB Consultoria e Projetos, anexado à resposta da concessionária, acatou a análise técnica que manteve a Ocorrência, para fins de avaliação do equilíbrio contratual (f. 14.877).

Na Conclusiva, o repasse a menor da Verba para Custeio da Fiscalização foi integralmente mantido, assim como a redução da despesa provocada pela extinção.

Considerando que a posição adotada no item **II.9** deste Voto e o Parecer da MB Consultoria e Projetos, acompanho a análise conclusiva, que passa a integrar a Fundamentação do presente tópico, e mantenho a Ocorrência como um evento de desequilíbrio contratual.

¹¹⁷ **CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO:**

O presente Termo Aditivo tem por objeto promover as seguintes alterações no contrato de concessão nº 001/98:

I. Revogar, a partir de 31 de Dezembro de 2010, a Cláusula LXXVI: Da Verba para Custeio da Fiscalização, conforme teor do processo nº 48084204, ficando, a partir desta data, revogada.

II.17.12 – Ocorrência 12 – Criação da Taxa de Regulação e de Fiscalização do Serviço Público e Infraestrutura Viária – TRV

A Taxa de Regulação e de Fiscalização do Serviço Público de Infraestrutura Viária (TRV), criada pela Lei Complementar Estadual 512/2009¹¹⁸, substituiu a Verba para Custeio da Fiscalização, revogada desde 31/12/2010, conforme formalizado no 4º Aditivo Contratual¹¹⁹.

Segundo a equipe de auditoria, a TRV passou a vigorar a partir de 08 de março de 2010, incidindo sobre a receita operacional da concessionária.

Com fundamento na cláusula contratual XX¹²⁰, a equipe técnica apurou a despesa gerada pela TRV, a partir da receita tarifária projetada na Proposta Comercial, aplicando-se o redutor de 24,24% e deduzindo-se o PIS, COFINS e

¹¹⁸ **Art. 1º** Os dispositivos da Lei Complementar nº 477, de 29.12.2008, a seguir enumerados, passam a vigorar com as seguintes redações:

“**Art. 28.** Ficam criadas a Taxa de Regulação e de Fiscalização do Serviço Público de Saneamento Básico - TRS e a Taxa de Regulação e de Fiscalização do Serviço Público de Infraestrutura Viária - TRV, tendo ambas por fato gerador o desempenho da atividade de regulação, controle e fiscalização pela ARSI; a TRS e a TRV incidirão sobre as prestações de serviços públicos de saneamento básico e de infraestrutura viária, e terão por sujeitos passivos, respectivamente:

II - os prestadores de serviços públicos de infraestrutura viária com pedágio de titularidade estadual, em virtude de concessão, permissão, autorização ou delegação legal.

§ 1º O disposto no *caput* deste artigo também se aplica aos serviços públicos de saneamento básico e de infraestrutura viária:

I - cuja fiscalização e regulação tenham sido atribuídas à ARSI por instrumento legal;”

¹¹⁹ **CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO:**

O presente Termo Aditivo tem por objeto promover as seguintes alterações no contrato de concessão nº 001/98:

I. Revogar, a partir de 31 de Dezembro de 2010, a Cláusula LXXVI: Da Verba para Custeio da Fiscalização, conforme teor do processo nº 48084204, ficando, a partir desta data, revogada.

PARÁGRAFO ÚNICO – A exclusão da cláusula LXXVI se dá em função da instituição da Taxa de Regulação e de Fiscalização do Serviço Público de Infraestrutura Viária – TRV prevista no art. 28 da Lei Complementar nº 477/2008 alterada pela Lei Complementar nº 512/2009, que substitui a verba de custeio da fiscalização.

¹²⁰ **Cláusula XX - Da Revisão da Tarifa Básica**

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

a) ressalvados os impostos sobre a renda, sempre que, forem criados, alterados ou extintos outros tributos ou sobrevierem disposições legais, quando ocorridas após a data de apresentação da PROPOSTA COMERCIAL, de comprovada repercussão nos custos da CONCESSIONÁRIA, para mais ou para menos, conforme o caso;

ISS. A TRV estimada somou R\$ 295.506,53, conforme demonstrado na Tabela 91 (f. 10.797).

A Rodosol não questionou o relato técnico, que foi integralmente mantido na Conclusiva.

Desse modo, acompanho a análise conclusiva, que passa a integrar a Fundamentação do presente tópico, e mantenho a Ocorrência como um evento de desequilíbrio contratual.

II.17.13 – Ocorrência 13 – Repasses da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária

A Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária deveria ser repassada pela concessionária ao DER de acordo com os valores estipulados na cláusula contratual LXXVIII¹²¹.

Entretanto, a Rodosol deixou de repassar a quantia de R\$ 338.629,64, entre 1999 e 2012, conforme demonstrado na Tabela 92 do Relatório de Auditoria (f. 10.799).

Segundo analisado no tópico **II.10** deste Voto, o repasse a menor foi ocasionado pela incidência do redutor de 24,24%, criado pelo 2º Termo Aditivo. O

¹²¹ **CLÁUSULA LXXVIII**

Da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária

- 1.** A CONCESSIONÁRIA arcará com uma verba para o aparelhamento da Polícia Rodoviária, a ser utilizada na forma prevista nesta Cláusula.
- 2.** Os valores da Verba e os períodos para sua utilização são os seguintes:
 - a)** durante o primeiro ano da Concessão: R\$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais);
 - b)** nos anos correspondentes ao 3º, 6º, 9º, 12º, 15º, 18º, 21º e 24º aniversários deste CONTRATO: R\$ 145.000,00 (cento e quarenta e cinco mil reais);
 - c)** nos demais anos da Concessão, que não os referidos nas letras anteriores: R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).
- 3.** A verba destinar-se-á exclusivamente à aquisição, reposição, conservação e readequação, pela CONCESSIONÁRIA, de equipamentos e materiais de consumo necessários ao policiamento rodoviário do SISTEMA RODOVIA DO SOL, tais como veículos, motocicletas, equipamentos de radiocomunicação abastecimento de combustíveis.

procedimento foi considerado indevido, pois a aplicação do redutor ficou expressamente restrita à tarifa de pedágio da Terceira Ponte, não incidindo sobre outras verbas contratuais.

Embora a Rodosol tivesse defendido a incidência do redutor, alegação rejeitada no tópico **II.10**, o Parecer da MB Consultoria e Projetos, anexado à resposta da concessionária, acatou a análise técnica que manteve a Ocorrência, para fins de avaliação do equilíbrio contratual (f. 14.877).

Na Conclusiva, o repasse a menor da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária foi integralmente mantido.

Considerando que a posição adotada no item **II.10** deste Voto e o Parecer da MB Consultoria e Projetos, acompanho a análise conclusiva, que passa a integrar a Fundamentação do presente tópico, e mantenho a Ocorrência como um evento de desequilíbrio contratual.

II.17.14 – Ocorrência 14 – Não concessão do reajuste tarifário em 2008 e 2009

A equipe de auditoria relatou que, em 2008 e 2009, as tarifas de pedágio não foram reajustadas, pois a ARSI constatou desconformidades na execução dos serviços concedidos, segundo consta do processo administrativo ARSI 5798605.

A falta de homologação dos reajustes foi questionada pela Rodosol, no âmbito de Ação Ordinária em trâmite na 2ª Vara da Fazenda Pública de Vitória.

A equipe técnica observou que a supressão dos reajustes não poderia ser empregada como medida sancionatória pelo descumprimento do padrão de qualidade dos serviços.

Reforçou que, diante da cláusula contratual XIX¹²², o reajuste da tarifa de pedágio deveria ser concedido anualmente.

O setor técnico calculou a perda de receita suportada pela concessionária, de 2008 a 2012, obtendo o montante de R\$ 15.653.360,22, conforme demonstrado na Tabela 94 (f. 10.804).

A Rodosol não questionou o relato técnico, que foi integralmente mantido na Conclusiva.

Desse modo, acompanho a análise conclusiva, que passa a integrar a Fundamentação do presente tópico, e mantenho a Ocorrência como um evento de desequilíbrio contratual.

II.17.15 – Ocorrência 15 – Avaliação dos custos de mão de obra operacional e administrativa

a.15) Relatório de Auditoria

A avaliação dos custos administrativos e operacionais com Mão de Obra pretendeu identificar os preços de mercado à época da licitação, a fim de verificar se os valores constantes da Proposta Comercial eram aceitáveis ou continham sobrepreço.

Baseou-se no Quadro 06 do Anexo V do Edital, que deveria ser preenchido pela licitante, descrevendo função, salário mensal, quantidade de funcionários, encargos e benefícios.

¹²² **CLÁUSULA XIX**
Do Reajuste da Tarifa Básica

1. O valor da Tarifa Básica de cada Praça será reajustado anualmente, sem prejuízo do disposto no caput e no § 5º do art. 28 e no § 1º do art. 70 da Lei n.º 9.069, de 29 de Junho de 1995.

Os procedimentos adotados pela equipe de auditoria foram descritos no Apêndice F, sendo os resultados demonstrados na Tabelas do Apêndice G.

Em regra, os cargos citados na Proposta Comercial foram enquadrados em funções equivalentes da Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) e os salários médios correspondentes foram obtidos do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED).

A avaliação do Custo com a Mão de Obra resultou no montante de R\$ 94.466.104,85, na data-base de outubro de 1998, conforme as Tabelas 37 e 38, sendo inferior ao valor cotado na Proposta Comercial (R\$ 116.311.000,00).

b.15) Respostas à citação e à notificação

A Rodosol alegou que a matriz de risco contratual não foi observada pela equipe técnica.

Os Custos Administrativos e Operacionais, inclusive a Mão de Obra, estariam inseridos no risco da concessionária, razão pela qual tais variáveis não poderiam ser redimensionadas pelo TCEES, devendo ser observadas as condições da Proposta Comercial.

A notificada também questionou a metodologia de avaliação dos Custos de Mão de Obra, destacando que a comparação dos cargos arrolados na Proposta Comercial com o CAGED seria inaplicável.

c.15) Instrução Técnica Conclusiva

A área técnica rebateu os questionamentos quanto à metodologia adotada, enfatizando que a Rodosol não trouxe documentação em contrário, a exemplo de folhas de pagamentos ou contracheques da época.

Reconheceu a atribuição do risco integral à concessionária, quanto aos Custos de Mão de Obra, na forma da cláusula contratual XII, motivo por que o encargo

passou a integrar o Fluxo de Caixa da concessão segundo o valor da Proposta Comercial.

d.15) Voto

A área técnica acolheu o argumento apresentado pela Rodosol, no sentido de que os encargos inseridos no risco integral da concessionária deveriam ser computados segundo os valores da Proposta Comercial.

Constatou que os Custos de Mão de Obra constituíam um risco integral da empresa, fundamentado na cláusula contratual XII¹²³. Essa regra não foi excepcionada, ao contrário do que ocorreu com os Investimentos.

O cálculo do Fluxo de Caixa da concessão foi refeito pela área técnica, incluindo os Custos de Mão de Obra pelo valor da Proposta Comercial.

Nesses termos, acompanho a análise técnica, adotando os Fundamentos da Instrução Conclusiva como razão de decidir, para excluir a Ocorrência 15 (Avaliação dos custos de mão de obra operacional e administrativa) do rol de eventos de desequilíbrio da concessão.

II.17.16 – Ocorrência 16 – Avaliação dos custos operacionais e administrativos, exclusive mão de obra

a.16) Relatório de Auditoria

A avaliação dos Custos Administrativos e Operacionais, exceto Mão de Obra, também pretendeu identificar os preços de mercado à época da licitação, a fim

¹²³ **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.

de verificar se os valores constantes da Proposta Comercial eram aceitáveis ou continham sobrepreço.

Baseou-se no Quadro 07 do Anexo V do Edital, sendo os procedimentos descritos no Apêndice H e os resultados demonstrados no Apêndice I.

Considerando que o Edital e a Proposta Comercial não indicaram os quantitativos e os preços unitários dos Custos Administrativos e Operacionais da concessão, a equipe de auditoria adotou, em regra, as referências contidas no Estudo de Viabilidade Econômico-Financeira, elaborado para o Edital n. 1/1997 (cancelado).

A avaliação dos Custos Administrativos e Operacionais resultou no montante de R\$ 37.726.090,60, na data-base de outubro de 1998, conforme as Tabelas 39 e 40, sendo inferior ao valor cotado na Proposta Comercial (R\$ 50.737.000,00).

A equipe técnica destacou que os custos operacionais e administrativos, referentes ao Posto de Fiscalização, não puderam ser identificados, competindo à ARSI segregar o montante não empregado na operação e administração do prédio.

b.16) Respostas à citação e à notificação

Não foram apresentadas respostas específicas sobre o tópico.

c.16) Instrução Técnica Conclusiva

Os argumentos da Rodosol, quanto aos Custos com Mão de Obra, foram aproveitados para o presente tópico.

A área técnica passou a computar os demais Custos Administrativos e Operacionais pelos valores constantes da Proposta Comercial, para fins de avaliação do equilíbrio contratual (f. 25.471):

“Apêndice H: Avaliação dos custos de administração e operação – outros custos [QD7]

(...)

Cumpra destacar que a manutenção do sobrepreço repercutiu no item 3.16 desta ITC. No entanto, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, tal fato não o integra, conforme discutido no item 3.17 desta ITC.”

d.16) Voto

A área técnica acolheu o argumento apresentado pela Rodosol, no sentido de que os encargos inseridos no risco integral da concessionária deveriam ser computados segundo os valores da Proposta Comercial.

Constatou que os demais Custos Operacionais e Administrativos (excluindo a Mão de Obra) constituíam um risco integral da empresa, fundamentado na cláusula contratual XII¹²⁴. Essa regra não foi excepcionada, ao contrário do que ocorreu com os Investimentos.

A análise conclusiva entendeu que os Custos Operacionais e Administrativos deveriam integrar a equação econômico-financeira do contrato tal como estipulados na Proposta Comercial.

Segue a transcrição (f. 25.243):

“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.”

¹²⁴ **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.

O cálculo do Fluxo de Caixa da concessão foi feito pela área técnica, incluindo os Custos pelo valor da Proposta Comercial.

Quanto ao Posto de Fiscalização, mencionado no Apêndice O.16 do Relatório de Auditoria, a matéria foi analisada no item **II.11** deste Voto.

Nesses termos, acompanho a análise técnica, adotando os Fundamentos da Instrução Conclusiva como razão de decidir, para excluir a Ocorrência 16 (Avaliação dos custos operacionais e administrativos, exclusive mão de obra) do rol de eventos de desequilíbrio da concessão.

III – DA PROPOSTA DE ANULAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO N.º 001/1998

Como já abordado em itens anteriores deste voto, na análise de alguns dos achados de auditoria, o corpo técnico opinou pela anulação do certame licitatório e/ou do Contrato de Concessão n.º 001/1998. Tal sugestão foi embasada na manutenção dos seguintes achados:

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. Restrição legal do caráter competitivo do certame (item 3.4 da ITC):
 - a. Existência de critérios subjetivos para pontuação das propostas (item 3.4.1 da ITC);
 - b. Exigência de visita técnica conjunta e obrigatória (item 3.4.2 da ITC);
 - c. Inobservância dos prazos legais de publicidade do certame (item 3.4.3 da ITC);
 - d. Fixação de patrimônio líquido abusivo para fins de habilitação (item 3.4.4 da ITC);
 - e. Fixação de garantia de proposta abusiva para fins de habilitação (item 3.4.5 da ITC);
 - f. Exigência de garantia de manutenção de proposta concomitante à exigência de patrimônio líquido mínimo (item 3.4.6 da ITC);

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

Independente da conclusão a respeito da manutenção de cada achado de auditoria, que já expus anteriormente, entendo ser necessário o enfrentamento em separado da proposta de nulidade do certame e do contrato, em especial pelos reflexos que tal medida implicaria.

É necessário que a análise da irregularidade seja realizada considerando o caso concreto em debate, suas peculiaridades e reflexos da potencial decisão de anulação.

É sabido que os atos administrativos maculados por vício de legalidade, em regra, são anulados pela Administração Pública, no exercício da sua autotutela, ou pelo Poder Judiciário e Cortes de Contas, mediante provocação de interessado.

Sobre o instituto da anulação, ensinam Alessandro Dantas Coutinho e Ronald Kruger Rodor¹²⁵:

“A gestão dos interesses da coletividade requer a prática diária de atos administrativos. Afinal de contas, como já ensinava Seabra Fagundes, administrar é aplicar a lei de ofício e os atos administrativos nada mais são do que produto da aplicação da lei no caso concreto.

[...]

A anulação é a forma de controle interno em que a Administração extingue o ato em razão de ele possuir vícios de legalidade. É importante ficar claro que vício de legalidade não significa apenas inobservância à lei. Em verdade, está acobertada pela ilegalidade toda violação a lei, princípios constitucionais, regulamentos, editais etc.

[...]

¹²⁵ COUTINHO, Alessandro Dantas; RODOR, Ronald Krüger. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 568-569.

A anulação, por ser forma de extinção do ato por motivo de ilegalidade, além de poder ser feita pela Administração, também poderá ser feita pelo Poder Judiciário, porém, por este último, desde que devidamente provocado para tanto”.

A regra geral, portanto, é a anulação do ato administrativo viciado tão logo seja constada a ilegalidade. Colaciono diversos precedentes jurisprudenciais nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESCISÃO UNILATERAL E MULTA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO POR ATO UNILATERAL FUNDAMENTADO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONDICIONAMENTO A PRAZO MÍNIMO DE 30 DIAS PARA MANIFESTAÇÃO DA CONTRATADA. INOBSERVÂNCIA. NULIDADE DEFLAGRADA. Na existência de previsão contratual quanto à rescisão unilateral motivada por ato escrito da administração pública, nos casos do art. 78, I a XII, e XVII do art. 78 da Lei nº 8.666/93, contanto que houvesse antecedência mínima de 30 (trinta) dias corridos para a manifestação da contratada, a estipulação em termo de notificação e multa com prazo para manifestação da contratada em apenas 5 (cinco) dias caracteriza a ilegalidade do ato questionado. **Assim, ante a inobservância dos requisitos formais cabíveis à espécie, a manutenção da sentença, com a anulação, por ora, das penalidades cominadas, é medida que se impõe.** Apelo desprovido. (TJRS; AC 0347549-64.2016.8.21.7000; Santa Maria; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Newton Luís Medeiros Fabrício; Julg. 09/11/2016; DJERS 29/11/2016)

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE VIA DIFUSA EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. CONCESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO. INOBSERVÂNCIA DE LICITAÇÃO PRÉVIA. ILEGALIDADE. AFRONTA AO DISPOSTO NO ART. 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPERIOSA DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL Nº 589/2011 PELO TRIBUNAL PLENO. NULIDADE DO ATO QUE CONCEDEU A UTILIZAÇÃO DO BEM PÚBLICO. BENFEITORIAS QUE NÃO DEVEM SER RESSARCIDAS DIANTE DA MÁ-FÉ DA DEMANDADA. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. 1. Inexiste óbice para se veicular pleito de declaração incidental de inconstitucionalidade de Lei em sede de Ação Civil Pública,

conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 2. O contrato administrativo de concessão de direito real de uso de bem público exige licitação prévia, só dispensável ou inexigível nos casos expressamente previstos em Lei, ato vinculado que notadamente não fora observado pelos apelantes. 3. A inobservância da licitação prévia, ou formalização do procedimento de dispensa ou sua inexigibilidade, feriu de morte os princípios constitucionais da legalidade estrita e da impessoalidade da atuação do Poder Público, expressos no festejado caput do art. 37 da Carta Magna, tendo a Lei Municipal nº 589/2011 sido declarada inconstitucional pelo Tribunal Pleno ao julgar o Incidente de Inconstitucionalidade nº 201600105048. **4. Diante da declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 589/2011, resta inquinado de nulidade o ato de concessão do bem público à demandada, devendo o imóvel ser devolvido ao ente público.** 5. Descabimento do dever de indenizar as benfeitorias, diante da má-fé da demandada, que realizou obra sem autorização da municipalidade, bem como em virtude da desvirtuação da finalidade do imóvel. 6. Recursos conhecidos e desprovidos. (TJSE; AC 201500718671; Ac. 7203/2017; Primeira Câmara Cível; Relª Desª Elvira Maria de Almeida Silva; Julg. 11/04/2017; DJSE 18/04/2017)

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. A ANULAÇÃO DE PROCESSO DE LICITAÇÃO JÁ ENCERRADO COM A PROCLAMAÇÃO DO VENCEDOR DEPENDE DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE ASSEGURE O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA. ART. 49, § 3º, DA LEI Nº 8.666/93. HIPÓTESE EM QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, APÓS A ADJUDICAÇÃO DECIDIU PELA ANULAÇÃO DO EDITAL DE CONCORRÊNCIA SEM OPORTUNIZAR DEFESA PRÉVIA DO LICITANTE VENCEDOR. INADMISSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO PELA MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE 1º GRAU EM TODOS OS SEUS TERMOS. **1. A licitação como qualquer outro procedimento administrativo, é suscetível de anulação, em caso de ilegalidade, revogação, por conveniência e oportunidade, nos termos do artigo 49 da Lei nº 8.666/93 e das Súmulas nºs 346 e 473/stf. Mesmo após a homologação ou adjudicação da licitação, a administração pública está autorizada a anular o procedimento licitatório, verificada a ocorrência de alguma ilegalidade, e a revogá-lo, no âmbito de seu poder discricionário, por razões de interesse público superveniente.** Nesse sentido: ms12.047/df, 1ª. Sessão, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 16.4.2097; RMS 1.717/pr, 2ª. Turma, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJ de 14.12.1992. 2. 2. Na hipótese dos autos, após homologação do procedimento licitatório, sob a modalidade concorrência n.

01/2009 e a adjudicação do seu objeto em favor do ora recorrente, referente a contratação de empresa para prestação de serviços de treinamento, gerenciamento e fornecimento de sistema informatizado para realização da vistoria de veículos, a serem aplicadas nas unidades do detran/pa, conforme seu edital, a administração pública entendeu por bem anular o certame, por suposta inobservância do disposto no art. 7º. § 2º. Inciso II, da Lei n. 8.666/93 (orçamento detalhado em planilhas que expressassem a composição de todos os seus custos unitários, formulado a partir de uma pesquisa de mercado que refletisse o real valor dos serviços a serem contratados, em desconformidade, portanto, com o disposto no art. 44, § 3º da Lei nº 8.666/93. 3. Mandado de segurança, que foi desprovido pelo magistrado a quo, por concluir que não houve o devido processo legal substancial, eis que não foi oportunizado o contraditório e ampla defesa, o que enseja na violação da segurança jurídica, legalidade e moralidade. 4. Administração pública que descumpriu seu dever ético de agir em conformidade com a Lei e com os princípios constitucionais. 5. Nulidade da portaria 034/2012. Dg/projur e manutenção do contrato administrativo número 004/2010. Procedência. 6. Os vícios formais encontrados no edital de licitação que não causem prejuízos aos particulares ou ao interesse público podem ser reparados pela administração, sem que isso importe em nulidade do ato convocatório ou do certame. 7. Administração que se utiliza de mera irregularidade formal do edital para fundamentar a anulação da concorrência e a realização de novo certame, porque na realidade, ficou insatisfeita o resultado do procedimento licitatório e, somente após a homologação e adjudicação da licitação, e que a administração pública se deu conta de tal irregularidade. Impossibilidade. 8. **Em relação ao interesse público que embasou o desfazimento do certame, ressalte-se que, nos termos do art. 49 da Lei nº 8.666/93, 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?. Inexistência de comprovação.** 9. Consoante se depreende dos autos, o interesse público na falta de detalhamento das planilhas que expressassem a composição de todos os seus custos unitários, formulado a partir de uma pesquisa de mercado que refletisse o real valor dos serviços a serem contratados, não é superveniente a homologação e a adjudicação do objeto do certame, na medida em que, desde o oferecimento das propostas pelas empresas concorrentes e de suas respectivas avaliações pela comissão de licitação, passou a ser conhecido o fato de que a proposta da empresa posteriormente desclassificada não atendia os requisitos previstos no edital. 10. **A anulação de processo de licitação já encerrado com a proclamação do vencedor depende de instauração de processo**

administrativo que assegure o contraditório e a ampla defesa. Art. 49, § 3º, da Lei nº 8.666/93. Hipótese em que a administração pública, após a adjudicação, decidiu pela anulação do edital de concorrência sem oportunizar defesa prévia do licitante vencedor. Inadmissibilidade. 11. Recurso conhecido e improvido. Em reexame necessário manutenção da sentença em todos os seus termos. (TJPA; Ap-RN 0001488-76.2012.8.14.0301; Ac. 195996; Belém; Segunda Turma de Direito Público; Relª Desª Nadja Nara Cobra Meda; Julg. 20/09/2018; DJPA 21/09/2018; Pág. 333)

Ocorre que, ainda que evidenciadas as irregularidades, deve-se observar que, neste caso concreto em debate, 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. Vejamos os ensinamentos da **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**¹²⁶ acerca do tema:

“A Administração Pública tem, em regra, o dever de anular os atos ilegais, sob pena de cair por terra o princípio da legalidade. No entanto, **poderá deixar de fazê-lo, em circunstâncias determinadas, quando o prejuízo resultante da anulação puder ser maior do que o decorrente da manutenção do ato ilegal;** nesse caso, **é o interesse público que norteará a decisão. Também têm aplicação os princípios da segurança jurídica nos aspectos objetivo (estabilidade das relações jurídicas)** e subjetivo (proteção à confiança) e da

¹²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 279-280.

boa-fé". (grifo nosso)

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.* Vejamos:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LICITAÇÃO. IMPACTO AMBIENTAL. 1. Nulidade das licitações A inicial afirma que as Concorrências Públicas veiculadas nos Editais 0627/00-10 e 0628/00-10 foram abertas sem que o empreendedor - DNER, sucedido pelo DNIT, dispusesse de licença ambiental. Há a incidência, no caso, das normas relativas às licitações, veiculadas na Lei nº 8.666/93. Tal diploma legal é anterior aos certames de que tratam os autos, publicados no ano de 2000 - Concorrências Públicas abertas pelos Editais nºs. 0627/00-10 e 0628/00-10. E, de fato, os artigos 6º, IX, 7º, § 2º, I, e 12, VII, da Lei nº 8.666/93, veiculam norma jurídica que determina a necessidade de que somente sejam abertos certames públicos a partir de projetos básicos que contenham estudos de viabilidade ambiental. O descumprimento do preceito é evidente, tendo-se em vista que a concorrência pública foi veiculada mediante editais em 2000, enquanto os primeiros EIA/RIMA datam de 2002. Entretanto, não se segue, deste fundamento, que a tal irregularidade corresponda a nulidade absoluta afirmada pelo parquet. **A divergência entre o ato praticado e aquele previsto normativamente - o vício do ato, dá margem a diversas conseqüências jurídicas -sanções. O descumprimento de normas jurídicas contamina os atos decorrentes em níveis diferenciados, conforme o grau de violação e, também, conforme a possibilidade de convalidação do ato mediante o saneamento da irregularidade verificada. Em termos de Direito Administrativo, a conseqüência jurídica da inobservância das regras dependerá da natureza do vício, do confronto entre o princípio da legalidade e outros princípios do ordenamento jurídico, da ponderação das circunstâncias envolvendo o caso concreto e também da finalidade da norma lesada (MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. São Paulo. RT, 2006. p. 155-156). É de se ter em mente, quanto aos vícios encontrados nos atos administrativos que, 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 (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo. Atlas, 2005. p. 228). Em consequência dos vícios dos atos administrativos, os mesmos podem ser tidos como inexistentes, nulos, anuláveis, ou irregulares, entendendo-se como nulos somente aqueles que não podem ser convalidados, dada a magnitude do vício e a impossibilidade de sua convalidação, sendo que a irregularidade se encontra no âmbito do objeto, finalidade, motivo e causa (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo. Atlas, 2005. p. 234). A Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), por seu turno, qualifica de nulos somente aqueles atos que sejam lesivos ao patrimônio público (art. 2º). Já a Lei das Licitações atribui a pecha de nulidade absoluta aos certames que inobservem a seqüência "projeto básico - projeto executivo - execução", com orçamento detalhado e previsão orçamentária (art. 7º, § 6º). Nenhuma destas características pode ser encontrada no vício formal apontado. Não há lesão ao patrimônio público. A seqüência "projeto básico - projeto executivo - execução", com orçamento detalhado e previsão orçamentária também foi observada. O vício apontado, por seu turno, não diz respeito ao campo do objeto, finalidade, motivo e causa do ato administrativo. Por outro lado, os atos tidos como anuláveis, convalidáveis, são aqueles praticados por sujeito incompetente, com vício de vontade ou com defeito de forma, sempre que, diante do caso concreto, possa se ter como melhor atendido o interesse público pela sua parcial validade, em face da ponderação entre a sanção atribuída ao vício e considerações de ordem prática, de justiça e de equidade, quando ocorram condições que permitam a superação dos vícios (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo. Atlas, 2005. p. 234). Verifica-se, no caso, a existência de irregularidade formal nas licitações em tela, posto que inobservaram um dos pontos procedimentais estabelecidos na norma licitatória. a prévia existência de estudos de viabilidade ambiental. A irregularidade enquadra-se na descrição que traz o art. 2º, parágrafo único, alínea "b", da Lei nº 4.717/65 - "O vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou à seriedade do ato". É de se ter em mente a lição de Marçal Justen Filho, quando afirma que a validade do ato jurídico resulta não tanto da adequação formal do ato em face de um modelo normativo abstrato, mas da verificação do conteúdo do ato, da intenção das partes e dos valores realizados. Assim, sustenta a superação da ótica formalista segundo a qual a mera discordância entre o ato concreto e um modelo jurídico dá margem inexoravelmente à nulidade absoluta, devendo-se agregar um componente axiológico ou finalista ao exame da sanção cabível. A ausência de lesão aos valores tutelados pelo Direito pode tornar irrelevante a desconformidade, qualificando-a como mera

irregularidade (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos. São Paulo. Dialética, 2005. p. 467-468). No mesmo sentido, o artigo 55 da Lei nº 9.784/99 dispõe que os atos praticados pela administração podem ser convalidados se apresentarem defeitos sanáveis, atendendo-se ao princípio da finalidade, devendo ser interpretada a norma visando o interesse geral e a sua finalidade pública. E, aqui, a exigência de que o projeto básico contenha já um estudo de viabilidade ambiental (Lei nº 8666/93, art. 12, VII) deve ser harmonicamente interpretada com o restante das normas que dispõem sobre a regularidade do processo licitatório e da proteção ambiental. A definição contida no artigo 6º, IX, da Lei das Licitações, dá conta de que o projeto básico deve ser elaborado de modo a assegurar a viabilidade técnica e propiciar o adequado tratamento ambiental. É dizer. a finalidade da norma, portanto, é determinar condutas que assegurem a efetividade da proteção ambiental. Assegurada a proteção ambiental, portanto, antes do início da alteração material do meio ambiente, a norma cumpre sua função, mesmo que o projeto incorpore condicionantes ambientais posteriormente, mediante reformulações. As reformulações do projeto básico não se mostram vedadas, sendo, ao contrário, previstas na norma licitatória. Veja-se o contido na alínea 'b', do inciso IX do artigo 6º da Lei nº 8.666/93, que consagra a prioridade de se minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras de montagem. A norma, assim, muito embora considere que devam ser mantidas em seu mínimo, prevê explicitamente a necessidade de reformulações. Seria mesmo impossível vedar-se completamente a hipótese de reformulação de projeto, pois as contingências materiais podem determiná-la, na impossibilidade prática de uma previsão absoluta de todas as dificuldades e eventualidades que podem surgir na condução da obra. E, mesmo já assinados os contratos, o artigo 65 da Lei nº 8.666/93 possibilita a sua alteração unilateralmente pela Administração, sempre que houver necessidade de adequações técnicas aos seus objetivos. Salienta-se que o caso dos autos não trata de novo empreendimento a interferir em ambiente intocado, mas de duplicação de uma estrada já existente, de intenso tráfego, em área densamente povoada e profundamente alterada pela ação humana, o que denotava, já ao tempo da publicação dos editais e da reelaboração dos projetos, a possibilidade concreta da viabilidade ambiental, desde que adotadas as medidas necessárias. Assim, a convalidação do ato mostra-se plenamente factível. O saneamento do ato administrativo, desse modo, obedece ao disposto no artigo 55 da Lei nº 9784/99, pois inexistente lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, se a viabilidade ambiental for obtida antes da alteração material do meio ambiente. No caso dos autos, ao contrário, inexistindo ainda qualquer alteração material do meio ambiente, a decretação da nulidade e o

desfazimento dos contratos por defeito formal é que pode acarretar a lesão ao interesse da comunidade, ao patrimônio público e à esfera jurídica dos particulares contratantes. É que o longo tempo transcorrido desde o projeto original - mais de 30 anos, além de todo o quanto já empreendido em licitações, projetos, estudos ambientais e suas reformulações podem, realmente, acarretar uma mora de anos até a materialização da obra, além de custos excessivos pela completa desconsideração de todo o iter já percorrido. Admitida juridicamente, portanto, a possibilidade de reformulações no projeto básico, e assegurada a consideração da variante ambiental antes do início da execução da obra, estar-se-á preservando o núcleo da norma licitatória em exame. Não se desconsidera a violação apontada, mas se preserva a possibilidade de saneamento de eventuais falhas, o que está sendo efetuado pela Administração, sem a necessidade de se declarar a nulidade absoluta do certame, com a conseqüente repercussão em termos orçamentários, financeiros e contratuais, atingindo a esfera jurídica de terceiros. Devem ser sopesadas, neste caso, a inobservância da formalidade, de um lado, e a proteção ambiental e o interesse da sociedade na realização da obra de duplicação, de outro. A convalidação, pela feitura posterior dos estudos ambientais, mas ainda antes da instalação do empreendimento, permite incorporar cuidados ambientais mediante a reformulação do projeto original, sanando-se a falha inicial antes da execução da obra. A ponderação é aqui indicada, pelo fato de que a falha procedimental existente aponta possível atrito com o princípio da legalidade, de índole constitucional. A desconsideração completa do longo tempo decorrido e trabalhos já empreendidos, no entanto, pode violar o núcleo dos princípios da finalidade, da proporcionalidade, da eficiência e da segurança jurídica, todos também de índole constitucional e vinculantes da atividade administrativa do Estado (BANDEIRA DE Mello, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. São Paulo. Malheiros, 2007. p. 93-121). A admissão do saneamento, tal como já vem sendo empreendido, preserva a finalidade do ato, possibilitando a execução da obra com os cuidados ambientais. Preserva a proporcionalidade, pelo fato de que o saneamento e a convalidação causam menor restrição aos direitos já constituídos do que a completa desconsideração de tudo já empreendido, mantendo-se a preservação ambiental e antecipando-se a conclusão da obra. Preserva a eficiência pública, pois a obra poderá ser realizada a um custo consideravelmente menor e em menor prazo, ao mesmo tempo em que as cautelas ambientais são observadas. E preserva a segurança jurídica, pois não acarreta alterações desnecessárias no âmbito dos direitos decorrentes dos contratos já celebrados, sendo possível impor modificações nos projetos, de modo a preservar o patrimônio ambiental. Improcede, por conseguinte, a arguição de nulidade das Concorrências Públicas abertas pelos Editais nºs.

0627/00-10 e 0628/00-10. Nulidade do licenciamento ambiental prévio Argüi o Ministério Público que o EIA realizado não contemplou todas as informações arroladas nos arts. 5º e 6º da Resolução CONAMA nº 001/86, acarretando a nulidade do estudo e da Licença Prévia emitida. A nulidade afirmada, no entanto, não se verifica. Os arts. 5º e 6º da Resolução CONAMA nº 001/86, de fato, contém uma série de parâmetros que devem nortear a realização do Estudo de Impacto Ambiental, como as alternativas de localização do projeto, os impactos na implantação e operação da atividade, a delimitação da área impactada pelo empreendimento e a consideração dos projetos governamentais previstos ou implementados. Para isto, a norma estabelece que o EIA deverá ser integrado pelas atividades de diagnóstico ambiental da área de influência do projeto, contendo o levantamento dos recursos ambientais antes do empreendimento (meios físico, biológico, sócio-econômico); de análise dos impactos ambientais do projeto e suas alternativas, com a projeção das prováveis alterações relevantes; das medidas mitigadoras dos impactos negativos; e da elaboração de programa de acompanhamento e monitoramento de tais impactos. Tratando-se de estudo ambiental necessário à concessão da Licença Ambiental apenas Prévia, entretanto, não se exige que tais estudos sejam exaurientes, infensos a modificações, detalhamentos e complementações mesmo posteriores à concessão da licença. A mutabilidade do EIA é intrínseca à sua natureza, dado que se trata de um estudo prospectivo e projetivo das alterações ambientais a serem causadas, no futuro, pelo empreendimento. A própria norma reconhece a necessidade de um estudo probabilístico, ao determinar a necessidade de "projeção das prováveis alterações" ambientais a serem causadas (Resolução CONAMA nº 001/86, art. 6º). Assim, pretender a definitividade de um estudo cujo ethos é a virtualidade de alterações ambientais futuras, em face de obras ainda não empreendidas, não condiz com o espírito da norma. A interpretação defendida na inicial que, à hipótese de incidência "alterações e complementações do EIA", liga a consequência jurídica "nulidade do EIA" revela-se, nestes termos, a menos indicada. A definitividade pretendida é mesmo um contra-senso normativo, na medida em que se está, na fase da licença prévia, apenas tentando projetar, embora da forma mais detalhada e abrangente possível, as alterações ambientais a serem causadas por obra futura, e a forma de evitá-las, mitigá-las ou compensá-las. A própria Constituição Federal, no artigo 225, § 1º, inciso IV, dispõe que incumbe ao Poder Público exigir o EIA que deve ser prévio, de qualquer modo, à instalação da obra, como se constata. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe

ao Poder Público. (...) IV - exigir, na forma da Lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (Regulamento) (...) Sabe-se que o licenciamento ambiental é ato uno, de caráter complexo, em cujas etapas intervêm vários agentes, e deverá ser precedido de Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental, sempre que constatada a existência, ainda que potencial, de significativo impacto ambiental (MILARÉ, Edis. Direito do ambiente. São Paulo. RT, 2001. p. 360). O procedimento administrativo de licenciamento ambiental, dada a amplitude da tutela constitucional do meio ambiente, prevê a possibilidade de a Administração Pública, através de seu órgão ambiental, solicitar do empreendedor esclarecimentos e complementações dos estudos ambientais que deram início ao licenciamento do empreendimento, podendo mesmo haver a reiteração das solicitações de complementação dos estudos sempre que os esclarecimentos não forem satisfatórios (Resolução CONAMA nº 237/97, art. 10, IV). Há, também, possibilidade de serem solicitados esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental, decorrentes das audiências públicas, de acordo com o disposto no art. 10, VI, da mesma Resolução CONAMA nº 237/97. A oportunidade de a Administração exigir complementações do empreendedor é igualmente prevista no mesmo artigo 10, § 2º, da Resolução CONAMA 237/97, que preconiza que "No caso de empreendimentos e atividades sujeitos ao estudo de impacto ambiental - EIA, se verificada a necessidade de nova complementação em decorrência dos esclarecimentos já prestados, conforme os incisos IV e VI, o órgão ambiental competente, mediante decisão motivada e com a participação do empreendedor, poderá formular novo pedido de complementação". A previsão normativa de sucessivos pedidos de complementação do EIA, portanto, evidencia o caráter dinâmico dos estudos ambientais e das licenças ambientais concedidas pela Administração Pública. A exigência de complementações e de incorporação de novas condicionantes ambientais é ínsita à natureza do estudo ambiental e do licenciamento ambiental. Assim, vê-se que o procedimento de licenciamento ambiental comporta diversas etapas e diversas possibilidades de complementações e saneamentos dos EIA's inicialmente apresentados, sem que tais deficiências e esclarecimentos impliquem, necessariamente, a invalidade dos estudos ambientais prévios. Não exige a legislação ambiental, como se vê, que o EIA, documento inicial do licenciamento ambiental, represente estudo definitivo, inenunciável a revisões. Ao contrário, espera-se mesmo que, de seu exame, surjam novas indagações a serem respondidas para que seja possível o licenciamento ambiental. Novos questionamentos sobre o EIA inicialmente apresentado surgem como decorrência do seu exame pelo órgão ambiental e pelos demais participantes do licenciamento ambiental. De fato, a legislação

pertinente em nenhum momento determina que eventuais pedidos de complementação e solicitação de esclarecimentos devam acarretar a invalidade do EIA prévio e a necessidade de sua reelaboração completa. É lícito, portanto, concluir que a existência de complementações nos EIA's previamente apresentados para o licenciamento ambiental não traz como consequência jurídica a sua nulidade e a necessidade de sua completa reelaboração, fazendo tábula rasa do quanto já empreendido nos estudos ambientais. A constatação de deficiências no estudo ambiental prévio determina que, caso procedentes e relevantes tais incompletudes, os estudos deverão ser acrescidos, complementados ou esclarecidos, no bojo do licenciamento ambiental e não completamente reelaborados, desconsiderando-se in totum o EIA inicialmente trazido ao órgão ambiental. Admitir a conclusão contrária é admitir que haverá, no curso do licenciamento ambiental, diversas reelaborações completas dos EIA's e nulidade das licenças já concedidas, uma para cada oportunidade de esclarecimentos e saneamento de deficiências, o que comprometeria, de forma definitiva, a necessária efetividade da atuação administrativa no licenciamento ambiental. Deve a legislação ambiental ser interpretada conforme os fins a que se destina. compatibilizar a proteção ao meio ambiente com a execução de obras necessárias ao desenvolvimento econômico e social do País, colocando-se o poder de polícia do Estado como filtro a condicionar e mesmo restringir, caso necessário, a alteração material do ambiente. Quanto às alegadas deficiências do EIA/RIMA que instruíram a Licença Prévia concedida, há algumas considerações a serem feitas. Já foi salientado nas fls. 336/344 que a Licença Prévia nº 224/2005 seguiu recomendações técnicas que analisaram os meios antrópicos, físicos e bióticos, elaborados por equipe técnica multidisciplinar (Parecer Técnico COAIR/CGLIC/DILIQ/IBAMA nº 107/2005- fls. 168/176, e nº 143/2005 - fls. 177/214). Tais pareceres lastrearam-se não somente nos EIA/RIMA, mas também em trabalho de campo e nas informações colhidas em audiências públicas realizadas nos municípios de Pelotas e Rio Grande, para as quais foi convidado o Ministério Público Federal, como nos informa o documento de fls. 260/264. Quanto aos EIA/RIMA, verifica-se que foram realizados dois estudos de impacto ambiental. um em agosto de 2002, e outro, concluído em 2004. Não se vislumbra, no caso, a atuação irrefletida ou deficiente do órgão administrativo ambiental, quanto à análise dos EIA/RIMA apresentados. Ao contrário, o ofício de fl. 146 evidencia que o IBAMA requereu do DNIT a complementação dos EIA/RIMA inicialmente apresentados em 2002, o que levou à confecção das "Complementações do Estudo de Impacto Ambiental", apresentadas. Mesmo tais complementações foram submetidas a um rigoroso exame técnico por parte do IBAMA, o que o levou a devolver as complementações para inclusão de informações e posterior reapresentação (fls.

146/147). Ainda assim, em 2004, um novo EIA/RIMA foi apresentado, tendo sido a Licença Prévia nº 224/2005 emitida somente em janeiro de 2006. Tal atitude demonstra a atuação administrativa dotada da seriedade e profundidade necessárias ao cuidado da questão ambiental. Os mesmos pareceres técnicos que concluíram pela viabilidade ambiental do empreendimento manifestaram-se pela necessidade de atendimento de diversos outros aspectos ambientais necessários ao prosseguimento do licenciamento, titulados de condicionantes (fls. 175/176 e 211/214). Nesse sentido, sobre os esclarecimentos no curso do licenciamento ambiental, o IBAMA informa na fl. 693 que ".. os questionamentos contidos na Informação Técnica nº 025/2006-4ª CCR/MPF, estão sendo atendidos no âmbito dos programas ambientais contemplados no Plano Básico Ambiental...". E, afirmam a União Federal e o DNIT, as obras não serão iniciadas antes de terem sido tomadas as providências e reajustamentos exigidos pelo IBAMA, inclusive os reajustamentos sugeridos pelo próprio Ministério Público Federal (fls. 298 e 304). Ainda, o DNIT também menciona que a execução dos contratos está paralisada, aguardando a conclusão do licenciamento ambiental, encontrando-se o órgão exatamente cumprindo determinações do IBAMA (fl. 310), o que demonstra que todas as possíveis variáveis ambientais estão sendo consideradas, nos termos da legislação ambiental, não se podendo reputar nulos os atos até agora praticados no âmbito da duplicação da BR 392. A interpretação aqui esposada encontra respaldo na recente jurisprudência do STF, ao examinar o pedido liminar na Ação Cível Originária nº 876, relativa às obras de transposição do Rio São Francisco. Neste caso, assim se manifestou o relator, Ministro Sepúlveda Pertence. " (...) Cumpre ressaltar que somente com a Licença de Instalação é que o empreendedor poderá realizar ato de construção propriamente dito. É dizer, qualquer alteração efetiva no meio ambiente somente ocorrerá após a emissão dessa licença, com observância dos requisitos básicos e condicionantes expressos nos procedimentos ultrapassados. Portanto, a concessão de Licença Prévia, por si só, não importa em risco de degradação do meio ambiente. Aliás, caso o órgão ambiental competente verifique violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais, omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença, bem como a superveniência de graves riscos ambientais e de saúde, poderá - por meio de decisão motivada - alterar os condicionantes e as medidas de controle e adequação, e ainda suspender ou cancelar uma licença expedida (art. 19 da Resolução 237/97) (42). Não há, é certo, limitação temporal para o exercício desse poder, em virtude do evidente realce concedido à questão ambiental em nossa ordem jurídica. (...) " (...) 108. Percebe-se, pois, que foram preenchidos, ao menos sob prisma formal, os requisitos mínimos exigidos pela legislação para a apresentação do EIA/RIMA. 109. Já os vícios e as falhas acaso

detectados no seu conteúdo, poderão e deverão ser corrigidos no decorrer do processo de licenciamento ambiental, certo que sua eventual existência não significa, necessariamente, frustração do princípio da participação pública, como se alega. (...) 123. Por isso, quaisquer outros atos - licitações, estudos, contratações - que não substantivem a execução do projeto, ou seja, em realização de obras, poderão ser efetivadas antes da emissão da Licença de Instalação, observados, por óbvio, os preceitos legais pertinentes. (...)" Assim, nestes termos e por tais fundamentos, não reconheço a nulidade do EIA/RIMA e da Licença Prévia, tais como pretendidas na inicial. O impacto da obra sobre o extremo sul do Estado do RS Uma palavra deve ser dita sobre as circunstâncias sociais e econômicas que envolvem a duplicação do trecho Rio Grande-Pelotas da BR 392, certo de que a decisão judicial não pode se situar no abstrato plano do normativismo positivista, desconhecendo suas conseqüências para a comunidade que terá de suportá-la. Trata-se, como se sabe, de uma região afligida por extrema defasagem em seu desenvolvimento econômico e social, sendo o rótulo de "Metade Sul" calcado, principalmente, na diferenciação significativa de indicadores sociais e econômicos em relação ao norte do Estado do Rio Grande do Sul Após décadas de estagnação, tal região, em especial o Município do Rio Grande, tem a oportunidade de se ver atendido em diversos grandes empreendimentos que se propõem a recuperar, ao menos em parte, a difícil situação social de sua população, abrangendo também a região em seu entorno, como Pelotas. Tais empreendimentos, como é notório, estão ancorados no pólo naval-mecânico e na intensificação da utilização portuária, cujo movimento já é intenso em termos de movimentação de cargas, inclusive para o transporte da safra agrícola do Estado. Todo este cluster econômico encontra-se, no momento, estrangulado pelo fato de que o único meio de acesso ao porto e ao município, do norte do Estado, é, exatamente, a BR 392, que se pretende duplicada. A incompatibilidade do movimento econômico, que se vai intensificando, e a via de acesso terrestre é já visível, basta se trafegar no trecho Rio Grande-Pelotas, onde se verifica a quase onipresença de enormes caminhões transportando contêineres e granéis. A pressão sobre a rodovia e seus entornos é inevitável, e vem aumentando dia a dia. O custo de tal inadequação viária pode ser constatado, além da perda de competitividade econômica do porto do Rio Grande, pelos espantosos índices de acidentes e de mortes no trânsito informados nos autos, mortes estas que não se circunscrevem aos motoristas, mas também atingem de forma endêmica as populações que se situam às margens da rodovia, como o Povo Novo e a Vila da Quinta. Não por acaso, na recente data de 17 de abril p.p., a população do Povo Novo ocupou em protesto a rodovia, paralisando-a e causando quilômetros de engarrafamento, fato que é público e notório, amplamente noticiado na mídia

local e que foi objeto, inclusive, de ação de interdito proibitório manejada pela União Federal e decidida por esta Justiça Federal. O motivo do protesto? O número de mortes por atropelamentos de moradores desta localidade, neste trecho da estrada. A falta de obras viárias que possibilitem o convívio seguro entre o tráfego de cargas e o movimento cotidiano dos moradores é uma das causas, sendo suficiente trafegar pelo local para perceber a proximidade de casas, comércio e escolas com uma rodovia inadequada e densamente utilizada por pesados veículos de carga, enquanto as pessoas circulam no acostamento da estrada. Não se pode, assim, deixar de reconhecer a fundamentalidade e urgência da obra de duplicação da estrada, com as necessárias obras de melhoramento. Urgência que se mostraria totalmente comprometida com o retrabalho necessário, no caso da decretação da nulidade das concorrências já realizadas, dos contratos já celebrados e dos estudos ambientais já empreendidos. É certo que a preocupação ambiental deve ser integralmente preservada no empreendimento, o que, até o momento, não se mostra descumprido. O princípio jurídico da preservação ambiental, aqui, caminha ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana, que, em seu núcleo, inclui a oportunidade de trabalho para as populações locais, e a possibilidade de se locomoverem em suas tarefas diárias, sem o risco de morte por atropelamento. Também para tais finalidades, a obra de duplicação é de vital importância. O caso, por outro lado, apresenta algumas peculiaridades. Não se trata, como dito, de empreendimento novo a ser implantado em região ambiental intocada. Ao contrário, trata-se de duplicação de rodovia já existente, de intenso tráfego, em região densamente povoada, já profundamente alterada ambientalmente pela atividade humana. A duplicação, assim, desde que os projetos contemplem as condicionantes ambientais que estão sendo seriamente exigidas pelo IBAMA, pode mesmo diminuir o impacto ambiental negativo que já vem sendo imposto à região, ao mesmo tempo em que se vislumbra a oportunidade de um salto de escala em termos de aproveitamento econômico da região, em sua vocação portuária e industrial. Tal qualificação econômica termina por possibilitar a qualificação humana das populações locais. Esta possibilidade concreta de conjugação da melhoria das condições ambientais e da melhoria das condições sociais, que passam necessariamente pelo aumento da atividade econômica, além do aumento do nível de segurança da rodovia com a diminuição das mortes que se vem verificando, também servem de fundamento à decisão judicial. 2. Improcedente a apelação. (TRF 4ª R.; AC 2006.71.01.003801-8; RS; Terceira Turma; Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz; Julg. 13/10/2009; DEJF 05/11/2009; Pág. 337 – grifo nosso)

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*. Vejamos:

“a) o ato administrativo então praticado, em que pese a inquinação de ilegalidade, gerou vínculo trabalhista que perdurou até a atualidade, jungindo a Administração Pública Federal numa relação de trabalho remunerado inarredável sem prejuízo das partes: de um lado, os prejuízos morais e materiais que serão impostos à servidora por uma possível anulação do ato inquinado; do outro, a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos decorrentes da declaração de nulidade da admissão;

b) teoricamente, a eficácia de um ato administrativo deriva da excelência de sua estruturação. Assim, para produzir efeitos no mundo jurídico, o ato deve ter sido praticado por um sujeito competente, possuir um objeto lícito, ter observado a forma prevista em lei, além de um motivo irrepreensível e da finalidade pública. **Nada obstante, freqüentemente a Administração depara-se com atos ilegais, por vício de um, ou mais, de seus requisitos estruturais, ocasiões em que, no exercício do seu poder-dever de autotutela, é chamada a optar entre a anulação ou a convalidação desses atos, sempre norteada pelo atendimento ao interesse público;**

c) nosso ordenamento jurídico encontra-se assentado no Princípio da Legalidade, insculpido no art. 5º, II, da Constituição Federal. Aduz-se que o Direito Administrativo, em especial, tem na lei sua fonte primária. Portanto, não se pretende aqui subestimar a rigorosa legalidade que deve presidir a ação do poder público, até mesmo porque ela será objeto dos controles interno, externo, judicial e social. **Sem embargo, não pode 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;**

d) o Princípio da Segurança Jurídica, consagrado constitucionalmente, é um dos

fundamentos do próprio Direito e possui valor e hierarquia equivalentes ao Princípio da Legalidade, como ensina o Gilmar Ferreira Mendes:

‘56. No âmbito do Direito Administrativo tem-se acentuado que, não raras vezes, fica a Administração impedida de rever o ato ilegítimo por força do princípio da segurança jurídica. Nesse sentido, convém mencionar o magistério de Hans-Uwe Erichsen: “O princípio da legalidade da Administração é apenas um dentre os vários elementos do princípio do Estado de Direito. Esse princípio contém, igualmente, o postulado da segurança jurídica (Rechtssicherheit und Rechtsfriedens), do qual se extrai a idéia de proteção da confiança. Legalidade e segurança jurídica enquanto derivações do princípio do Estado de Direito têm o mesmo valor e a mesma hierarquia. Disso resulta que uma solução adequada para o caso concreto depende de um juízo de ponderação que leve em conta todas as circunstâncias que caracterizam a situação singular’ (in Hans-Uwe Erichsen e Wolfgang Martens, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. ed., Berlin-Nova York, p. 240). (Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha, Ed. Saraiva, 1996, p. 261).

e) o Direito Administrativo Brasileiro, doutrinariamente, prescreve o remédio da convalidação - ratificação, conversão e reforma - como o instrumento de restauração da legalidade do ato viciado, sem que se faça necessária a sua supressão do mundo jurídico ou o concurso da autoridade judicial para o restabelecimento da ordem jurídica infringida. No sentido da validade do ato, ensina o Dr. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

‘Elementar princípio da presunção de validade e eficácia dos atos emanados do Poder Público, como acentua Carlos Maximiliano, circundando Bryce, ao asserir que “todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo; portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade, em geral, não estão acima de toda a dúvida razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o Poder Público. Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato de autoridade’. (Tomada de Contas Especial: processo e procedimento nos tribunais de contas e na administração pública, Liv. e Ed. Brasília Jurídica, 1996, p. 34)” (TCU; Acórdão 488/2005 – Plenário; Processo 016.790/2001-5; Relator Min. Benjamin Zymler; Julgado em 27/04/2005 – grifo nosso)

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.

DISPOSITIVO DO VOTO

Pelo exposto, com fundamento nos artigos 71, *caput*, 95, inciso II, e 99, § 2º, da Lei Complementar n. 621/2012¹²⁷, nos artigos 194 e 329, §§ 3º e 7º, da Resolução TC n. 261/2013¹²⁸ e nos artigos 3º, 4º, incisos IV e V, e 8º da Resolução TC n. 278/2014¹²⁹, divergindo, em parte, da área técnica e do Ministério Público de Contas, voto por:

¹²⁷ **Art. 71.** Prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal de Contas nos feitos a seu cargo.

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.

Art. 99......

§ 2º Aplicam-se à representação, no que couber, as normas relativas à denúncia.

¹²⁸ **Art. 194.** Monitoramento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para verificar o cumprimento de suas deliberações e os resultados delas advindos.

Art. 329. A apreciação e julgamento dos processos sob a jurisdição do Tribunal observarão as normas relativas aos ritos especiais previstos neste Regimento.

§ 3º Os processos de fiscalização relativos à denúncia ou representação, inclusive em face de licitação, ato e contrato, serão apreciados pela improcedência ou pela procedência, nos termos do art. 178 e sem prejuízo da observância do disposto no art. 207, ambos deste Regimento.

§ 7º Em todas as hipóteses, o Tribunal poderá expedir recomendações, com o objetivo de contribuir para as boas práticas administrativas dos órgãos e entidades jurisdicionados, bem como determinações para o exato cumprimento da lei, sem prejuízo de outras providências cabíveis.

¹²⁹ **Art. 3º** A realização do monitoramento não interfere no andamento do processo no qual foram efetuadas as deliberações monitoradas, nem impede seu encerramento, a menos que o colegiado ou o relator tenham determinado expressamente o seu processamento nos próprios autos.

Art. 4º A unidade técnica realizará o monitoramento nas seguintes formas e situações:

IV – por intermédio do instrumento de fiscalização previsto no art. 194 do Regimento Interno, formalizado em processo de fiscalização, quando a verificação do cumprimento das deliberações exigir trabalho de campo ou a complexidade da matéria recomendar a designação de equipe de fiscalização, não havendo compatibilidade com outras fiscalizações programadas;

V – por intermédio do instrumento de fiscalização previsto no art. 194 do Regimento Interno, formalizado em processo de fiscalização, nos casos em que a verificação do cumprimento das deliberações não exija trabalho de campo, sendo necessária, porém, a elaboração de instrução para análise de documentação recebida e proposição de adoção de medidas corretivas ou punitivas pelo Tribunal, desde que a relevância e a urgência das deliberações monitoradas desaconselhem a verificação no âmbito das contas do órgão ou entidade.

Art. 8º A decisão do TCEES, quando ensejar a indicação de elementos relativos a ações, prazos, responsáveis, indicadores, metas ou benefícios, conterà determinação para que o titular da unidade gestora fiscalizada apresente plano de ação.

Parágrafo único. O plano de ação conterà, no mínimo, um cronograma em que serão definidos responsáveis, atividades e prazos para a implementação das determinações e/ou recomendações, e deverá ser aprovado pelo TCEES, vinculando os gestores responsáveis, ou

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)

quem lhes haja sucedido, sob pena de cominação das sanções previstas na Lei Complementar Estadual nº 621/2012.

- 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.