



Acórdão 00250/2023-4 - Plenário

Processos: 08336/2016-4, 02056/2017-1, 01438/2017-1, 01408/2017-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UGs: ARSI - Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infra-Estrutura Viária do Espírito Santo, DER-ES - Departamento de Edificações e de Rodovias do Estado do Espírito Santo, SEMOBI - Secretaria de Estado de Mobilidade e Infraestrutura

Relator: Marco Antônio da Silva

Representante: Membros do Ministério Público de Contas (HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA)

Terceiro interessado: ANTONIO JULIO CASTIGLIONI NETO, VITOR BUAIZ, COIMEX IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA, COIMEX EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA, TERVAP-PITANGA MINERACAO E PAVIMENTACAO LTDA, ES-060 EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA., DUDAUTO VEICULOS E PECAS LTDA., CONSTRUCOES E COMERCIO VITORIA LTDA, A MADEIRA INDUSTRIA E COMERCIO LTDA, URBESA ADMINISTRACAO E PARTICIPACOES LTDA, ENGENHARIA E CONSTRUTORA ARARIBOIA LTDA, SERVIX ENGENHARIA S A, BANCO RURAL DE INVESTIMENTOS S.A. - EM LIQUIDACAO EXTRAJUDICIAL, UNILESTE ENGENHARIA LTDA, COTIA TRADING S/A, OPERACAO DE RODOVIAS LTDA, METRON ENGENHARIA LTDA, AZIZ VIEIRA CHAER, CONCESSIONARIA RODOVIA DO SOL S.A., BANCO RURAL S.A - EM LIQUIDACAO EXTRAJUDICIAL, FERNAO DIAS PAIS, MOZART MIRANDA MENDES, JOAO FRANCISCO PEIXOTO SOFAL, ALBERTO NOLLI TEIXEIRA, ALVARO AFFONSO MOREIRA PENNA, JOAO BOSCO SANTOS DUTRA, JORGE HELIO LEAL, FERNANDO ABOUDIB CAMARGO

Procuradores: RODRIGO LOUREIRO MARTINS (OAB: 1322-ES), ALISON KAIZER GUERINI DE ARAUJO (OAB: 20058-ES), LUISA PEREIRA VIANA, ISABELA DE ARAUJO SAAR, CAROLINA SARMENTO SPALENZA, PEDRO COTA PASSOS (OAB: 22864-ES), ANDRE OURIVIO FERNANDES (OAB: 22490-ES), FERNANDO GOMES DOS SANTOS (OAB: 21054-ES), DOUGLAS PUZIOL GIUBERTI (OAB: 21041-ES), VINICIUS DINIZ SANTANA (OAB: 13758-ES), ALBERTO NEMER NETO (OAB: 12511-ES, OAB: 1181A-SE, OAB: 226106-RJ, OAB: 429982-SP, OAB: 196050-MG, OAB: 62507-BA), BRUNO DA LUZ DARCY DE OLIVEIRA (OAB: 11612-ES), DA LUZ, RIZK & NEMER ADVOGADOS ASSOCIADOS, RAFAEL RAMOS FRIGGI (OAB: 22862-ES), FELIPE ITALA RIZK (OAB: 12510-ES), RODRIGO SANZ MARTINS, CRISTINA DAHER FERREIRA (OAB: 12651-ES, OAB: 383149-SP, OAB: 66965-BA), LUCIANO OLIMPIO RHEM DA SILVA (OAB: 13676-BA, OAB: 10978-ES), EDISON VIANA DOS SANTOS, TADEU MESSINA DE PES

REPRESENTAÇÃO – FISCALIZAÇÃO – REJEITAR PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – ACOLHER INTEGRALMENTE A PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL E DE CONDIÇÕES DA AÇÃO – JULGAR EXTINTO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR.

1. Ante à confusão com o eventual mérito da demanda, impõe-se a rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva suscitada.

2. A ocorrência de julgamento parcial de mérito, quando se expediu determinações nos autos do Processo TC 05591/2013-9, nos termos do v. Acórdão TC 01450/2019-3, bem como a rejeição da anulação do Contrato de Concessão 001/1998, impõe-se o acolhimento integral da preliminar de falta de interesse processual e de ausência de condições da ação, para extinguir o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, inciso IV e VI do Código de Processo Civil.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SUBSTITUTO MARCO ANTONIO DA SILVA:

Tratam os presentes autos de Representação formalizada perante essa Egrégia Corte de Contas, pelo Ministério Público Especial de Contas, por meio do Procurador de Contas, Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, objetivando a concessão de medidas cautelares acerca do Contrato de Concessão 1/1998, firmado entre o Estado do Espírito Santo, por intermédio do DER/ES e a Concessionária Rodovia do Sol S/A.

Nos termos da Decisão Monocrática 01778/2016-1, foram expedidos os Termos de Notificações a várias empresas e pessoas físicas para prestarem esclarecimentos, bem como fosse dado ciência aos Representantes da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo (ALES), do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES), do Ministério Público do Estado do Espírito Santo (MPES), do Ministério Público Federal (MPF), do Ministério Público do Trabalho (MPT), da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo (PGE/ES), da Secretaria de Controle e Transparência do Estado do Espírito Santo (SECONT), assim como do Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública Estadual da Comarca da Capital.

Na sequência, a Empresa A. Madeira Indústria e Comércio Ltda. arguiu a nulidade de sua Notificação (TN 50991/2016-4, evento 54, págs. 57-58), tendo o pedido sido acolhido pela Decisão Monocrática 00166/2017-8 (evento 55, págs. 33-36).

Em cumprimento a referida Decisão Monocrática, foram expedidos novos Termos de Notificação e Ofícios para ciência (evento 56, págs. 3-76), pelo que os notificados prestaram seus esclarecimentos.

Na sequência de atos e fatos, a área técnica, nos termos da Manifestação Técnica n. 01138/2017-8 (evento 73, págs. 131-132 e evento 74, págs. 1-9) entendeu ausentes os pressupostos para a concessão das medidas cautelares, sugerindo o indeferimento das cautelares e a adoção do rito ordinário.

O então Eminent Relator dos autos apresentou seu r. Voto (evento 74, págs. 26-31) indeferindo as cautelares e determinando a tramitação do processo sob o rito ordinário, com tramitação preferencial, bem como a notificação do Representante, tendo sido acampado integralmente nos termos da r. Decisão TC 04117/2017-1 – Plenário (evento 74, págs. 32-37).

Denota-se dos autos (eventos 80 e 81) que o Ministério Público de Contas (MPC) apresentou petição intercorrente e documentos (eventos 82-89), requerendo a concessão de medida cautelar incidental e a adoção de medidas corretivas no que se refere à instrução processual.

Ato contínuo, o Ministério Público de Contas peticionou requerendo a adoção de diversas medidas processuais urgentes, por ocasião da realização da 41ª Sessão Ordinária do Plenário do TCE-ES, realizada em 21/11/2017 (eventos 75 e 76, págs. 1-60).

Consta, ainda, destes autos (eventos 93-95) o recurso de AGRAVO COM PEDIDOS CAUTELARES LIMINARES, bem como pedido de concessão de EFEITO ATIVO E SUSPENSIVO, interposto pelo Ministério Público de Contas.

Registra-se que o Ministério Público de Contas também peticionou (eventos 76, págs. 65-72 e 77, págs. 1-19) reiterando os pedidos de: *i) impedimento do Sr. Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo; ii) autuação do agravo interposto em 28/11/2017 (protocolo 18.689/2017 - eventos 93-95); III) não sobrestamento do agravo, e, iv) imediata apreciação dos pedidos liminares cautelares do agravo.*

Calha salientar que a relatoria do processo foi redistribuída à Sra. Conselheira Substituta Márcia Jaccoud Freitas, na 1ª Sessão Ordinária do Plenário, em 30/1/2018 (evento 77, pg. 22).

Registre-se, ainda, que a Eminente Relatora proferiu seu r. Voto (evento 77, págs. 24-31) no sentido de: *i) anulação dos atos processuais praticados pelo Conselheiro Relator Sebastião Carlos Ranna de Macedo, a partir do Voto do Relator 06258/2017-1; ii) ratificação dos demais atos processuais praticados pelo Conselheiro Relator Sebastião Carlos Ranna de Macedo; iii) certificação do impedimento do Conselheiro Relator Sebastião Carlos Ranna de Macedo para atuar no processo e iv) retorno dos autos à Conselheira Relatora para o fim de apreciar os pleitos cautelares requeridos pelo MPC, pelo que foi acompanhada pela r. Decisão 02048/2018-9 - Plenário (evento 77, págs. 38-44) na 28ª Sessão Ordinária do Plenário, de 21/8/2018.*

A então Eminente Relatora dos autos, também proferiu despacho (evento 124), entendendo que o Agravo Interposto pelo Ministério Público de Contas contra a r. Decisão TC 04117/2017-1 – Plenário (Protocolo 18689/2017 - eventos 93-95) **perdeu seu objeto**, tendo em vista a anulação da decisão agravada pela r. Decisão TC 2048/2018 – Plenário, decisão acerca da qual não se insurgiu o Ministério Público Especial de Contas, restando preclusas irresignações posteriores.

Por seu turno, a empresa Cotia Trading S/A apresentou petição (evento 129), reiterando o requerimento anterior (evento 73) no sentido de que seja excluída do feito por ilegitimidade passiva.

Por sua vez, as empresas Urbesa Administração e Participação Ltda. e Engenharia e Construtora Araribóia Ltda., apresentaram petição (evento 132), requerendo a extinção do presente processo sem resolução do mérito, tendo em vista o trânsito em julgado do v. Acórdão TC 01450/2019-3, prolatado no processo TC 05591/2013-9.

Instada a se manifestar, a área técnica, por meio do Núcleo de Controle Externo de Fiscalização de Programas de Desestatização e Regulação (NDR) apresentou a Manifestação Técnica nº 01598/2020-1 (evento 136).

Dando sequência aos atos processuais, por meio do r. Despacho 49016/2021-5 (evento 138), a Eminente Relatora, se declarou impedida para atuar no processo, na data de 29/11/2021, pelo que a relatoria do presente feito passou a ser desse Conselheiro Substituto em referida data, tendo permanecido, em gabinete, entre os tramites processuais por aproximadamente 2 meses, conforme eventos 140 e 154.

Posteriormente, a concessionária RODOVIA DO SOL S/A – RODOSOL apresentou petição intercorrente (evento 145), em suma, requerendo a extinção do processo TC 08336/2016-4, sem resolução de mérito, por conta do decidido nos autos do processo TC 05591/2013-9, em razão do trânsito em julgado do v. Acórdão TC 01450/2019-3, prolatado em referidos autos, bem como demais considerações trazidas.

O Ministério Público Especial de Contas, nos termos do Parecer 00004/2023-9, de lavra do Procurador, Dr. Heron Carlos Gomes De Oliveira, anuiu aos termos da Manifestação Técnica 01598/2020-1.

Conforme regular distribuição vieram os autos a este Magistrado de Contas para emissão de relatório e voto para efeito de deliberação do Colegiado, na forma do artigo 29 do Regimento Interno, Resolução TC 261/2013.

É o sucinto relatório.

V O T O

Conforme já dito, cuidam os presentes autos de Representação apresentada pelo Ministério Público de Contas, objetivando a concessão de medidas cautelares acerca do Contrato de Concessão 1/1998, firmado entre o Estado do Espírito Santo, por intermédio do DER/ES e a Concessionária Rodovia do Sol S/A, assim, necessário é a sua análise para posterior deliberação, em razão da documentação que lhe deu suporte.

1. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE:

O juízo de admissibilidade da presente Representação fora realizada nos termos da r. Decisão Monocrática 01778/2016-1 (evento 54, págs. 8-16), tendo o então Relator verificado que restam atendidos os dispositivos pertinentes, pelo que reitero sua análise, reafirmando o seu **RECEBIMENTO** e **CONHECIMENTO**.

2. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

Da análise dos autos, verifico que a área técnica, por meio do Núcleo de Controle Externo de Fiscalização de Programas de Desestatização e Regulação (NDR), apresentou a Manifestação Técnica nº 01598/2020-1, com opinamento em relação aos pedidos formulados.

Assim, transcreve-se o posicionamento da área técnica, nos termos da Manifestação Técnica nº 01598/2020-1, *verbis*:

[...]

5 PRELIMINARES

5.1 ILEGITIMIDADE PASSIVA

A empresa Cotia Trading S/A suscitou preliminar de ilegitimidade passiva, conforme se vê na petição constante no evento 73, pp. 71-75, com documentação suporte às pp. 76-79, protocolizada em 18/4/2018.

Em 28/6/2018, reiterou o pleito, através da petição contida no evento 129.

A suscitante alegou, em síntese, que seria parte ilegítima no processo porque: **I)** ao analisar exaustivamente os autos da representação que lhe fora encaminhada, não identificou qualquer imputação de responsabilidade formulada pelo MPC desse E. Tribunal ou pretensão que lhe tenha sido direcionada por força de qualquer ato praticado pela sociedade empresária peticionária ou seus representantes legais; **II)** a responsabilidade

da Cotia Trading S/A, ao que parece, decorre de uma informação lançada no Relatório Final da “CPI da Rodosol”, no ano de 2004, relatando que a empresa seria uma das adquirentes da Operações de Rodovias Ltda. (ORL), em conjunto com Fernando Aboudib Camargo, Companhia Importadora e Exportadora (COIMEX) e Pitanga Mineração Ltda, e teria participado da Concessão da Terceira Ponte, em momento anterior à respectiva encampação da delegação da exploração pelo Estado do Espírito Santo; **III**) a ora petionária nunca esteve envolvida com procedimentos licitatórios envolvendo o Sistema Rodovia do Sol, motivo pelo qual não faz qualquer sentido a sua participação no presente procedimento, seja na condição de interessado ou de responsável, eis que, conforme abordado no próprio relatório do Cons. Relator tem como objeto a concessão de medida cautelar relacionada ao Contrato 1/1998, firmado entre o Estado do Espírito Santo, DER/ES e a Concessionária Rodovia do Sol S/A; **IV**) não há no contrato de concessão do Sistema Rodovia do Sol qualquer referência à participação da Cotia Trading S/A, seja diretamente ou ainda na composição acionária/societária de qualquer das demais empresas que compõe a Concessionária Rodovia do Sol S/A, saltando aos olhos a manifesta ilegitimidade da ora petionária para figurar na condição de parte interessada ou responsável da presente representação.

- Análise

É cediço que a legitimidade passiva se verifica *in abstracto*, em face das alegações do autor, no caso o MPC.

Dessume-se das alegações do MPC em sua representação, que: **I**) a suscitante integrou o consórcio local (evento 5, p. 6); **II**) era acionista da empresa Operação Rodovias Ltda (ORL), operadora da concessão da Terceira Ponte (evento 5, p. 7, evento 19, pp. 20-22); **III**) apesar de não existir registro na JUCEES de que a suscitante foi sócia da ORL, optou-se por incluí-la na análise apenas em razão da informação contida no relatório da CPI da Rodosol de 2004 de que teria sido uma das adquirentes da ORL, em conjunto com Fernando Aboudib Camargo, Companhia Importadora e Exportadora Coimex e Pitanga Mineração Ltda. (evento 5, pp. 7, 9, 10, evento 6, p. 146, evento 19, pp. 21 e 23); **IV**) a suscitante somente foi registrada como sócia da ORL em 14/5/2001, quando recebeu todas as cotas pertencentes a Fernando Aboudib Camargo, apenas após a ORL deixar a exploração da concessão da Terceira Ponte (evento 6, p. 146, evento 20, pp. 11, 15); **V**) em 29/10/1996 a suscitante adquiriu em sociedade com outras pessoas a ORL, por R\$ 13.445.025,00 (evento 7, pp. 3 e 25); **VI**) a suscitante foi objeto de pedido de quebra de sigilo bancário feito pela CPI da Rodosol de 2004 (evento 9, p. 48); **VII**) a CPI da Rodosol citou em seu relatório a necessidade de desvendar as razões que levaram a suscitante e outras pessoas a adquirirem por R\$ 13.445.025,00 uma concessão cujo prazo se encerraria no prazo de 3 anos e pouco depois da aquisição foi encampada pelo Governo do Estado (evento 10, p. 2, evento 20, pp. 10, 12, 13, 14).

Em sendo possível sócia oculta, por óbvio, o nome da suscitante não apareceria na composição societária da SPE Concessionária Rodovia do Sol S/A.

O Julgado a seguir demonstra a importância, em certos casos, de chamar o sócio oculto à responsabilidade, tendo em vista sua capacidade patrimonial/financeira para suportar reparações por atos fraudulentos praticados pela sociedade que integrava secretamente (no intuito de furtar-se às responsabilidades societárias e deixá-las sobre a sociedade e seus sócios ostensivos, vulgarmente conhecidos como “laranjas”, os quais, em regra, não possuem idoneidade patrimonial e financeira):

EMBARGOS DE TERCEIRO – EXECUÇÃO CONTRA EMPRESA COMERCIAL
– SÓCIO OCULTO – FRAUDE A CREDOR DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA

JURÍDICA – POSSIBILIDADE – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. O marido que se oculta por trás do nome da mulher, para exercer atividade empresarial, identifica-se como sócio oculto (Artigo 305 do Código Comercial) e responde com seus bens particulares pela dívida da empresa, cuja personalidade jurídica pode ser desconsiderada. Configura fraude a credor firmar contrato de locação como falso representante da empresa locatária. Aquele que postula direito com fundamento em fato que sabe inverídico é litigante de má-fé (artigo 17, II, do CPC). Improvimento do apelo.

Além disso, o MPC fez pedido expresso, na alínea o) dos pedidos da Representação, reiterando pedido de quebra de sigilo fiscal da suscitante formulado na CPI de 2004 (evento 25, pp. 51-51).

Portanto, diversamente do que alegou a suscitante, **o MPC não a mencionou na Representação apenas por referência feita ao Relatório da CPI da Rodosol de 2004, tendo o propósito de investigar, através da quebra de sigilo fiscal, sua participação oculta na empresa ORL e na exploração da concessão do Sistema Rodosol.**

Dessa forma, entende-se que a comprovação da veracidade dessa alegação é matéria fática que deve ser resolvida no mérito, na instrução do processo, e não em sede preliminar.

Diante do exposto, sugere-se a rejeição da preliminar de ilegitimidade de parte suscitada pela empresa Cotia Trading S/A.

5.2 AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL

As empresas Urbesa Administração e Participação Ltda. e Engenharia e Construtora Araribóia Ltda. suscitaram preliminar de ausência de interesse processual, em 7/2/2020, conforme se vê na petição constante no evento 132.

As suscitantes alegaram, em síntese, que: **I)** a presente representação possui caráter acessório em relação ao Processo 5591/2013, conforme (a) se extrai da solicitação feita pelo Parquet de Contas para que houvesse distribuição por dependência, e (b) conforme se constata da análise da própria representação, em face da identidade de pedidos em relação à ação principal, fato inclusive já apontado como litispendência no momento oportuno; **II)** o processo 5591/2013 (principal) foi julgado pelo Tribunal, em 22 de outubro de 2019, tendo a r. decisão transitado em julgado em 3 de fevereiro de 2020, nos termos da certidão de trânsito em julgado 99/2020-1; **III)** uma vez que a r. Decisão, cujo teor resolve as questões atinentes a esta representação, já transitou em julgado, prejudicando seu regular prosseguimento ante a perda superveniente do interesse processual, os Representados pugnam que o Processo 8336/2016-4 seja extinto sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 75, caput da Resolução TC 261/20131 c/c artigo 485, VI do Código de Processo Civil.

- Análise

Primeiramente, há que se destacar que o suscitante incorre em equívoco quando classifica a presente representação como acessória do Processo TC 5591/2013, uma vez que, apesar de tratarem da mesma relação jurídico-contratual (processo de licitação e contrato de concessão do Sistema Rodovia do Sol), a representação do Processo TC 8336/2016 possui objeto distinto daquele contido na RA-E 10/2014 do Processo TC 5591/2013, pois: - o Processo TC 5591/2013 analisou a regularidade da execução contratual e do processo licitatório, sem alegação de fraude, enquanto o Processo TC 8336/2016 trata de nulidade do processo licitatório e consequente nulidade contratual,

decorrentes de supostas (a) fraudes pré-licitatórias e licitatórias, (b) conluio entre grupos econômicos e agentes públicos, (c) captura do poder público pelo poder econômico, causadora de irregularidades na execução contratual, nas alterações societárias da SPE, nas transações com partes relacionadas da SPE, nas alterações de controle administrativo e societário da SPE, na encampação da concessão da Terceira Ponte, no cálculo da indenização de encampação da Terceira Ponte, na qualidade das obras entregues, nos custos que compõem a tarifa básica de pedágio e no equilíbrio econômico-financeiro da concessão, tendo, portanto, causas de pedir, partes e pedidos distintos dos constantes no Processo TC 5591/2013, como se demonstrará nos parágrafos seguintes.

O Processo TC 5591/2013 teve início por determinação da Decisão TC-2754/2013, para atender pedido de realização de auditoria especial no contrato de concessão do Sistema Rodovia do Sol – **com objetivo de verificar se o contrato estava sendo cumprido regularmente e apreciar o conflito de interesses das ações ordinárias 0009022-02.2009.8.08.0024 (024.09.009022-6) e 0010720-43.2009.8.08.0024 (024.09.010720-2)**, da 2ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública Estadual de Vitória –, formulado através de Representação pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo (MPE-ES) e pela Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Rodoviária (Arsi).

Em 25/7/2013 o Tribunal, através da Decisão TC 3087/2013, admitiu o aditamento da representação inicial do MPE-ES e da Arsi por parte da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo (Ales) e do MPC.

No transcorrer do Processo TC 5591/2013 foram formuladas diversas questões, na forma de quesitos periciais, para que a Equipe de auditoria do TCE-ES respondesse.

Tendo em vista o enorme número de quesitos formulados pelos representantes e pela Concessionária e interessados, bem como as limitações de prazo e custos dos trabalhos, **a equipe de auditoria, em conjunto com a supervisão, definiu como objetivo da fiscalização “Avaliar a regularidade da concessão de serviços públicos do Sistema Rodovia do Sol, sob o ponto de vista jurídico e econômico financeiro”, formulando 31 (trinta e uma) questões de auditoria para cumprir o objetivo proposto.**

[...]

Dessa forma, como visto no ensinamento doutrinário colacionado, não assiste razão aos suscitantes quando aduzem que há litispendência entre a presente representação e o Processo TC 5591-2013, uma vez que: **(I) a simples conexão entre ações não induz identidade de ações, litispendência ou coisa julgada e (II) ficou suficientemente demonstrado que não há identidade entre as partes, as causas de pedir e os pedidos constantes na presente representação e aqueles constantes no RA-E 10/2014.**

Diante do exposto, **não é cabível a extinção completa do presente processo sem resolução de mérito, como pretendido pelos suscitantes, pois não há litispendência ou identidade de ações.**

Fundamental esclarecer, também, que **APESAR DE O NOVO CPC NÃO TER DISCIPLINADO EXPRESSAMENTE SOBRE AS CONDIÇÕES DA AÇÃO, A DOCTRINA MAJORITÁRIA ENTENDE QUE A EXPRESSÃO AUSÊNCIA DE “LEGITIMIDADE E DE INTERESSE PROCESSUAL” PREVISTA NO INCISO VI DO ARTIGO 485 DO NOVO CÓDIGO SE REFERE E ÀS CONDIÇÕES DA AÇÃO**, como se pode ver seguir:

- 2.6. Quando verificar a ausência de legitimidade e do interesse processual

O acolhimento da teoria abstratista eclética traduz ação como direito a uma resposta de mérito. Mas condicionado: **o juiz só emitirá o provimento de mérito se preenchidas as condições da ação, o que ele deve examinar de ofício**. Antes do mérito, ele verificará duas ordens de questões preliminares: os pressupostos processuais e as condições de ação. A sua falta pode levar à extinção do processo.

23.2.2.1.6. Carência da ação

No Capítulo 2, item 2.2.1., defendi a manutenção das condições da ação como categoria processual autônoma no sistema processual pelo Novo CPC, de forma que não vejo sentido em deixar de me valer da expressão "carência de ação", ainda que não mais expressa no Novo CPC. As condições da ação - interesse de agir e legitimidade de parte - devem ser analisadas no momento do julgamento da demanda, e não no da sua propositura. Significa dizer que, presentes as condições da ação no momento de propositura, se por fato superveniente desaparecer uma delas, será caso de extinção por carência superveniente de ação. Por outro lado, a ausência no momento da propositura não leva o processo à extinção pela carência no caso de estarem presentes as condições da ação no momento em que o juiz analisá-las". (destacou-se)

2.1.4 Irregularidade no exercício do direito de ação

O inciso VI do art. 485 trata da detecção de irregularidade no exercício do direito de ação. É o que, no CPC de 1973, era chamado de “carência da ação” ou de falta de condições da ação e cujo nome o CPC de 2015 resolveu abolir.

A despeito da ressalva e da falta de nomenclatura – com o que já me ocupei suficientemente no n. 3 do Capítulo 3 –, sempre que o magistrado verificar a ausência de legitimidade de qualquer das partes, autor ou réu, ou quando constatar que falta interesse processual ao autor, deve proferir sentença terminativa.

[...]

Nestes casos, prezado leitor, insisto que o problema não está no processo; está na falta do mínimo necessário para o desenvolvimento do direito de ação.

Oportuno frisar quanto a isto que a legitimidade e o interesse processual mencionados no inciso VI do artigo 485 do CPC são “interesse e legitimidade” citados no artigo 17 do mesmo Código, que nada mais são do que **a legitimidade ad causam e o interesse de agir**, como nos ensina a doutrina, cuja ausência conduzirá o processo ao julgamento sem resolução de mérito:

[...]

Assim sendo, é evidente que, no caso vertente: I) o MPC é parte legítima para representar perante o TCE-ES; e II) tem interesse processual ou interesse de agir no presente feito, não sendo o caso, portanto, de extinguir o processo por falta de legitimidade ou de interesse processual ou de agir, como postulado pelos suscitantes.

NÃO OBSTANTE NÃO SER O CASO DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, POR SE TRATAR DA MESMA RELAÇÃO JURÍDICO-CONTRATUAL (CONCESSÃO DO SISTEMA RODOVIA DO SOL), É NECESSÁRIO

VERIFICAR SE O ACÓRDÃO TC 1450/2019-PLENÁRIO (JÁ TRANSITADO EM JULGADO), NÃO PROVOCOU A PERDA SUPERVENIENTE DE ALGUM PEDIDO FORMULADO PELO MPC NO PRESENTE PROCESSO TC 8336/2016.

[...]

Comparando-se os pedidos formulados na Representação do presente Processo TC 8336/2016 (Quadros 5 e 6) e a parte dispositiva do Acórdão TC 1450/2019 (Quadros 9 a 16), nota-se que:

I) o subitem 1.8 do dispositivo do Acórdão TC 1450/2019 (Quadros 10 e 11) evidencia a DETERMINAÇÃO ao Poder Concedente, em especial à ARSP, para que, no prazo de 180 dias, **elabore Plano de Ação para a fiscalização** do Contrato de Concessão 1/1998, **contendo a verificação**, entre outros aspectos, **(a)** da execução de todos os investimentos e serviços previstos no PER (1.8.2.1), **(b)** da adequação do sistema de arrecadação e controle de fluxo de veículos da concessão ao PER e sua confiabilidade (1.8.3), **(c)** da espessura e características adequadas dos pavimentos, considerando as características de tráfego e as estimativas de seu crescimento até o final da concessão (1.8.5.1), **(d)** da regularidade dos investimentos modificados por aditivos em relação à proposta comercial e ao PER (1.8.6.1), **(e)** da regularidade da despesa “conservação especial” (1.8.6.2), e **(f)** da regularidade da despesa com “desapropriações” (1.8.6.3).

II) o subitem 1.9 do dispositivo do Acórdão TC 1450/2019 (Quadros 12 a 14) evidencia a DETERMINAÇÃO ao Poder Concedente, em especial à ARSP, para que, no prazo de 180 dias, **elabore Plano de Ação para a análise do equilíbrio econômico financeiro da concessão, contendo a verificação**, entre outros aspectos, **(a)** de desequilíbrio econômico-financeiro em virtude do descumprimento de condicionantes ambientais que não puderem ser cumpridas (1.9.2), **(b)** de desequilíbrio econômico-financeiro em virtude da edição de aditivos contratuais (1.9.6), **(c)** de desequilíbrio econômico-financeiro em virtude da avaliação dos investimentos (1.9.7), **(d)** de desequilíbrio econômico-financeiro por investimentos não modificados por aditivos, e regularmente executados, a ser apurado pelo valor da proposta comercial (1.9.8.1), **(e)** de desequilíbrio econômico-financeiro por investimentos incluídos por aditivos, e regularmente executados, a ser apurado pelos preços referenciais de engenharia (1.9.8.3), **(f)** da alocação de risco contratual nos aditivos contratuais celebrados para contemplar investimentos modificados (1.9.8.4), **(g)** de desequilíbrio econômico-financeiro em virtude de inexecuções totais ou parciais de investimentos contratados (1.9.8.5), **(h)** da regularidade das desapropriações (1.9.8.6), **(i)** de desequilíbrio econômico-financeiro em virtude de obras e serviços não realizados no posto geral de fiscalização, a ser apurado pelo preço cotado na proposta comercial (1.9.5 e 1.9.8.7).

Entende-se que essas determinações previstas no Acórdão TC 1450/2019 - Plenário atendem aos seguintes pedidos formulados na Representação do presente Processo TC 8336/2016 (Quadros 5 e 6):

f) determinar liminarmente ao Governador do Estado, ao DER e à Arsi a avaliação do montante necessário à adequação das obras e serviços de engenharia entregues com qualidade inferior à contratada;

h) realizar auditoria no sistema informatizado de arrecadação e controle de fluxo de veículos da concessão;

l) proceder ao exame da metodologia de cálculo utilizada pela Arsi para definir a tarifa básica de manutenção, **em cumprimento à determinação do Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública Estadual**, especialmente quanto: - à adequação da metodologia de

utilizar valores históricos da proposta comercial vencedora da licitação em vez de usar os valores reais e atuais do custo de manutenção da ponte; - à alteração dos valores de receitas e despesas constantes na proposta comercial vencedora da licitação, utilizando valores hipotéticos de manutenção da Terceira Ponte; - à redução da receita tarifária da Terceira Ponte em relação àquela prevista na proposta comercial; - à inclusão dos custos de administração, operação e conservação de todo o sistema e não apenas da Terceira Ponte; - à exclusão do valor da outorga presente na proposta original; - à inclusão de despesas classificadas como investimento no cálculo da tarifa básica de manutenção; - à inclusão do valor referente ao pagamento da dívida de R\$ 11,5 milhões no cálculo da tarifa básica de manutenção da Terceira Ponte; - aos indícios de que a Autarquia poderia ter manipulado os valores de receitas e despesas, no fluxo de caixa gerador da TIR, de maneira a deixá-los exatamente iguais aos da proposta comercial vencedora da licitação, no percentual de 16,80%.

m) instaurar tomada de contas especial para apurar as responsabilidades dos agentes públicos da Arsi, em razão do fornecimento de informações incorretas ao Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública Estadual no cálculo da tarifa básica de manutenção da Terceira Ponte, incluindo indevidamente na composição tarifária custos com Conservação Especial, em prejuízo aos usuários do Sistema Rodovia do Sol.

p) com fundamento no art. 57, inciso I, da Lei Complementar Estadual 621/2012, definir a responsabilidade dos agentes públicos envolvidos e das seguintes empresas pelos danos causados ao erário, já constatados pelos técnicos do TCEES no Processo TC 5591/2013, porém pendentes de avaliação econômica, decorrentes das obras do Sistema Rodovia do Sol entregues ao Estado do Espírito Santo com qualidade inferior à contratada: [...]; e

q) quantificado o dano resultante das obras entregues com qualidade inferior à contratada e identificados os agentes públicos e privados responsáveis, converter esta Representação em Tomada de Contas Especial, consoante determinam os art. 316, 317 e 201 do Regimento Interno do TCEES.

Dessa forma, entende-se que tais pedidos perderam seu objeto, por já terem sido atendidos pelo Acórdão TC 1450/2019 - Plenário.

Quantos aos pedidos cautelares formulados pelo MPC (Quadros 5 e 6), eles estão localizados nas alíneas b), c), d) e) e f), do título "2 Pedidos", da Representação (evento 25, p. 31-40), e no subitem 3.2, alíneas a) e b), da petição intercorrente (evento 81, pp. 176-180).

Entende-se que aqueles contidos nas alíneas b) i), ii) e iii), c) i), ii) e iii), d), e e), da Representação do Presente Processo, não perderam seu objeto, uma vez que não foram abarcados pelo subitem 1.12 do dispositivo do Acórdão TC 1450/2019 – Plenário (Quadro 16), pois o fundamento daquela decisão não foi nenhuma das causas de pedidos citados pedidos, que estão elencadas no evento 25, pp. 28-29, alíneas a), b) e c) e no quadro 2 desta MT, quais sejam: **(i) a exploração ilegal do serviço público e o recebimento indevido de receitas tarifárias e alternativas por (a) fraudes à licitação e pré-licitatórias, (b) ilicitude das alterações sucessivas na composição societária da SPE Concessionária Rodovia do Sol (c) ilicitude nas trocas do controle administrativo da concessão, (d) ilicitude na troca do controle societário da SPE e (e) ilicitude nas transações com partes relacionadas; **(ii)** o desequilíbrio econômico-financeiro da concessão, decorrente de (a) fraudes, (b) obras executadas com qualidade inferior à contratada, (c) erro doloso nos cálculos da encampação da concessão da Terceira Ponte, que impactaram os custos do projeto de público que embasou a CP 1/1998, (d) inclusão de custos inexistentes no**

cálculo da tarifa de pedágio; e **(iii)** assegurar o integral ressarcimento dos danos suportados pelo Estado do Espírito Santo, decorrentes das obras entregues com qualidade inferior à contratada.

Isto porque, o fundamento do subitem 1.12 do dispositivo do Acórdão TC 1450/2019 – Plenário (Quadro 16), foi a convalidação da CP 1/1998 e do respectivo Contrato de Concessão pelo decurso de cerca de 20 anos sem oposição das sucessivas administrações públicas atuantes neste período (teoria do Fato consumado).

Nesse ponto, cabe destacar que a fundamentação do Acórdão TC 1450/2019 – Plenário reconheceu a **impossibilidade de convalidar pelo decurso do tempo atos administrativos ilícitos cometidos com dolo ou que causem dano ao erário**, como se vê a seguir:

III – DA PROPOSTA DE ANULAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

N.º 001/1998

[...]

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:

[...]

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 -, divirjo do posicionamento técnico e entendo pelo afastamento da imposição de anulação do Contrato de Concessão n.º 001/1998. (sublinhou-se)

Pelos mesmos motivos, entende-se que os pedidos constantes nas alíneas n) e o) da Representação (quebra de sigilo bancário e fiscal, respetivamente - quadro 6), também não perderam seu objeto, pois destinam-se a reunir elementos de prova a respeito das alegadas fraudes à CP 1/1998 do DER-ES e seu respectivo contrato.

Quanto ao **pedido cautelar contido na alínea f) da representação**, como já analisado, entende-se que **perdeu o objeto** em face da decisão proferida no Acórdão TC 1450/2019 – Plenário.

Quantos aos pedidos constantes nas alíneas g), i), j) e k) da Representação, que tratam de eventual sobrepreço da tarifa de pedágio, por questões relacionadas à licitação ou precedentes a ela, apesar da aparente relação de prejudicialidade em relação ao subitem II.16 e ao item III da fundamentação do acórdão TC 1450/2019 – Plenário, **entende-se que não existe essa prejudicialidade**, uma vez que a alegação de fraude por parte do MPC, se comprovada, afastaria a boa-fé da licitante vencedora, e, conseqüentemente, a presunção de uma relação jurídica equilibrada, tendo em vista o conluio de propósitos entre agentes do poder concedente e agentes privados, causa de pedir distinta da contida no achado de sobrepreço formulado no RA-E 10/2014 e que não foi objeto de análise no Acórdão TC 1450/2019- Plenário.

Nesse ponto, como já destacado nesta análise, a fundamentação do próprio Acórdão TC 1450/2019 - Plenário reconheceu, expressamente, que atos administrativos ilícitos praticados com dolo ou dano ao erário não são passíveis de convalidação pelo decurso do tempo

Além disso, não se deve esquecer que o poder público age por intermédio de agentes públicos e que, por isto, nem os usuários do serviço concedido e tampouco o Poder Concedente podem ser penalizados por desvios de conduta desses agentes públicos em conluio com interesses privados.

Portanto, a regra no sentido de que a equação econômico-financeira inicial do contrato de concessão seja inalterável, **não deve prevalecer se** comprovada, fraude, má-fé, conluio, dolo, ou dano que tenham levado ao desequilíbrio material dessa equação, ainda na fase licitatória, uma vez que a regra não pode servir de escudo para a prática de atos não republicanos.

Entender-se de modo contrário significaria dizer que o sobrepreço somente poderia ser apontado nas contratações regidas pela Lei 8.666/93, estando imunes a tal instituto os contratos de concessão e parcerias público-privadas.

Sendo assim, o fundamento do Acórdão TC 1450/2019, a seguir transcrito, não traria óbice ao acolhimento dos pedidos de sobrepreço formulados pelo MPC com fundamento em fraude à execução, caracterizada por conluio entre agentes do Poder Concedente e agentes privados, para alcançar objetivo ilícito e lesivo aos usuários e ao Poder Concedente:

II.16. Sobrepreço da Tarifa Básica de Pedágio (item 2.17 do Relatório de Auditoria e 3.16 da Instrução Técnica Conclusiva)

d) Voto

[...]

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"⁷², 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:

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". (grifo nosso)

[...]

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.

Pelos motivos postos, entende-se que os pedidos constantes nas alíneas g), i), j) e k) da Representação não perderam o objeto em virtude da prolação do Acórdão TC 1450/2019 – Plenário.

Quanto aos pedidos formulados pelo MPC nos subitens 3.2, alíneas a), b), e 3.3, alíneas a) e b), da petição intercorrente 1779/2017 (evento 81, pp. 176-182), entende-se que por serem providências cautelares meramente instrumentais não perderam objeto pelo trânsito em julgado do Acórdão TC 1450/2019.

Finalmente, **quanto aos pedidos r), i), ii), iii) e iv), da Representação**, pelos mesmos motivos expostos na análise do interesse processual em relação aos pedidos constantes nas alíneas g), i), j) e k) da Representação, **entende-se que também não perderam o objeto.**

Diante do exposto, sugere-se o **acolhimento parcial da preliminar** de ausência de interesse processual, apenas para extinguir sem resolução de mérito os pedidos elencados nas alíneas "f)", "h)", "l)", "m)", "p)" e "q)", da Representação.

6 DOS PEDIDOS CAUTELARES

Ressalta-se que a representação do Ministério Público de Contas já teve seus requisitos de admissibilidade analisados, tendo sido recebida pelo Relator, conforme Decisão Monocrática 1.778/2016-1.

Em face disso, passar-se-á à análise dos pressupostos para a concessão de cautelares perante o TCEES.

Os pedidos cautelares formulados pelo MPC estão localizados nas alíneas b), c), d) e e) f), do título " 2 Pedidos", da Representação (evento 25, p. 31-40), e no subitem 3.2, alíneas a) e b), da petição intercorrente (evento 81, pp. 176-180), como ressaltado pelo próprio órgão no subitem 3.3, a), da petição intercorrente 1779/2017 (evento 81, p. 181):

[...]

Portanto, os pressupostos para a concessão de cautelares no TCEES são I) o fundado receio de grave ofensa ao interesse público e II) o risco de ineficácia da decisão de mérito.

6.1 Do pedido de intervenção liminar do Estado na Concessão – arts. 32-39 da Lei 8987/95 [alínea b) - i) - evento 25]

Em síntese, o MPC requer, na alínea b) – i) do evento 25 (pp. 30-33), que o Tribunal determine liminarmente ao Poder Concedente a decretação da intervenção na concessão porque as empresas integrantes do Consórcio Local, bem como a SPE Concessionária Rodovia do Sol S.A (empresa de caráter meramente instrumental) não possuem legitimidade para explorar a concessão, pois a exploração deveria estar sendo feita pela vencedora da CP 1/1998 do DER-ES, a empresa Servix Engenharia S.A.

Aduz, também, que a Servix venceu a Concorrência individualmente e não em consórcio, o que tornaria ilícita a criação da SPE e as posteriores alterações societárias, de controle administrativa e de controle societário da SPE, pois permitiram que empresas que não participaram da licitação passassem a explorar o serviço, imediatamente, após a vigência do contrato.

Destaca que cerca de 3 anos apenas após a vigência do contrato (em 1º/10/2001), a vencedora do Certame cedeu o controle societário para as empresas Tervap Pitanga Mineração e Pavimentação Ltda., Coimex Empreendimentos e Participações Ltda., Urbesa Administração e Participações Ltda. e Dudauto Peças e Veículos Ltda. (Grupo A. Madeira), todas integrantes do CONSÓRCIO LOCAL, violando os art. 175 da Constituição Federal, 210 da Constituição do Estado do Espírito Santo, 2º, incisos II e III, e 14 da Lei federal 8.987/1995, e 2º, incisos II, III e IV, 3º e 15 da Lei estadual 5.720/1998.

Ressalta que em 28/12/2001 a Servix deixou de integrar definitivamente o quadro societário da SPE, cedendo suas ações para o Banco Rural de Investimentos S/A.

Afirma, ainda, que investigações revelaram que a Servix é uma empresa do Grupo Banco Rural, atuante na área de engenharia.

[...]

Por tudo exposto, entende-se que **as provas carreadas aos autos até o momento não são suficientes para embasar a intervenção liminar da concessão pelo Poder Concedente, não restando configurados, por isto, o fundado receio de grave ofensa ao interesse público e o risco de ineficácia da decisão de mérito.**

Sugere-se, portanto, o indeferimento da cautelar.

6.2 Instauração liminar de processo administrativo de caducidade da concessão pelo Poder Concedente [alínea b) - i) - evento 25]

Também na alínea b), i), do evento 25 (pp. 30-33), o MPC pleiteia ao Tribunal que determine liminarmente ao Poder Concedente a instauração de processo de caducidade, utilizando-se dos mesmos argumentos descritos no subitem 6.1 desta MT.

- Análise

Pelos mesmos motivos expostos na análise do subitem 6.1 desta MT, sugere-se o indeferimento da cautelar.

6.3 Afastamento liminar das empresas controladoras da SPE [alínea b) - ii) - evento 25]

Utilizando-se dos mesmos argumentos descritos no subitem 6.1 desta MT, o MPC pleiteia, na alínea b), ii), do evento 25 (pp. 30, 31, 33 e 34), que o Tribunal determine liminarmente ao Poder Concedente o imediato afastamento das empresas Coimex Empreendimentos e Participações Ltda. (Grupo COIMEX), Tervap Pitanga Mineração e Pavimentação Ltda. (Grupo TERVAP), ES 060 Empreendimentos e Participações Ltda. (Grupos COIMEX e TERVAP), Urbesa Administração e Participações Ltda. (Grupo URBESA) e Construções e Comércio Vitória (Grupo A. MADEIRA), acionistas controladoras da SPE, do controle da concessão do Sistema Rodovia do Sol.

- Análise

Pelos mesmos motivos expostos na análise do subitem 6.1 desta MT, sugere-se o **indeferimento da cautelar.**

6.4 Suspensão liminar da cobrança nas duas praças de pedágio [alínea b) - iii) - evento 25]

Utilizando-se dos mesmos argumentos descritos no subitem 6.1 desta MT, o MPC pleiteia, na alínea b), iii), do evento 25 (pp. 30, 31 e 34), que o Tribunal determine liminarmente ao Poder Concedente a suspensão imediata da cobrança da tarifa nas duas praças de pedágio até que sejam calculados e apresentados ao TCEES, mediante documentos idôneos obtidos junto à Concessionária, os custos reais e atualizados de manutenção do sistema, segregados por trecho viário.

[...]

Diante do exposto, é forçoso reconhecer que os elementos de prova constantes nos presentes autos não são suficientes para embasar o decreto cautelar pretendido, não estando presentes, por isto, o fundado receio de grave ofensa ao interesse público e o risco de ineficácia da decisão de mérito para se determinar a suspensão liminarmente da cobrança do pedágio, uma vez que (I) o alegado desequilíbrio econômico-financeiro de R\$ 613 milhões, apontado pela área técnica do Tribunal, não foi acolhido pelo Acórdão TC 1450/2019 e (II) não ficou suficientemente provada no Processo TC 5591/2013 e nem nos presentes autos a qualidade inferior das obras entregues em relação ao que foi contratado e consequente desequilíbrio econômico-financeiro.

Sugere-se, portanto, o indeferimento da cautelar.

6.5 Desconsideração liminar da personalidade jurídica da SPE e decretação liminar da indisponibilidade de bens da SPE e de todos seus acionistas pessoas jurídicas, desde sua constituição, ou subsidiariamente decretação liminar de indisponibilidade de bens da SPE [alíneas c) - i), ii) e iii) - evento 25]

O MPC requer, na alínea c), i), ii) e iii), do evento 25 (pp. 34-37), que o Tribunal, usando de seu poder geral de cautela, liminarmente desconsidere a personalidade jurídica da SPE, determinando a indisponibilidade de seus bens e dos bens de todos seus acionistas pessoas jurídicas, desde sua constituição, ou, subsidiariamente, decrete, também de forma liminar, a indisponibilidade de bens apenas da SPE.

[...]

- Análise

Como visto na análise do subitem 6.4 desta MT, o fundamento para os pedidos de indisponibilidade de bens não foi suficientemente provado no Processo TC 5591/2013 e nos elementos de prova colacionados ao presente processo.

Diante do exposto, pelos mesmos motivos expressos na análise do subitem 6.4 desta MT, sugere-se o indeferimento da cautelar.

6.6 Decretação liminar da indisponibilidade de bens de todas as empresas que integraram os Consórcios Construtor e Executor, desde suas constituições [alínea d) - evento 25]

O MPC requer, na alínea d), do evento 25 (pp. 37-39), que o Tribunal, usando de seu poder geral de cautela, liminarmente determine a indisponibilidade de bens de todas as empresas que integraram os Consórcios Construtor e Executor, desde as constituições desses Consórcios.

[...]

- Análise

Como visto na análise do subitem 6.4 desta MT, o fundamento para os pedidos de indisponibilidade de bens não foi suficientemente provado no Processo TC 5591/2013 e nos elementos de prova colacionados ao presente processo.

Diante do exposto, pelos mesmos motivos expressos na análise do subitem 6.4 desta MT, sugere-se o indeferimento da cautelar.

6.7 Solicitação liminar à PGE, através do MPC, de pedido de arresto de bens de todas as empresas acionistas da SPE, desde sua constituição, e de todas as empresas integrantes dos Consórcios Construtor e Executor, desde as constituições desses consórcios [alínea e) - evento 25]

O MPC requer, na alínea e), do evento 25 (p. 39), que o Tribunal liminarmente solicite à PGE, por intermédio do próprio MPC, a adoção de medidas necessárias ao arresto de bens (i) de todas as empresas acionistas da SPE, desde sua constituição, e (ii) de todas as empresas integrantes dos Consórcios Construtor e Executor, desde as constituições desses consórcios.

[...]

- Análise

Como visto na análise do subitem 6.4 desta MT, o fundamento para os pedidos de indisponibilidade de bens (aplicável ao arresto de bens) não foi suficientemente provado no Processo TC 5591/2013 e nos elementos de prova colacionados ao presente processo.

Diante do exposto, pelos mesmos motivos expressos na análise do subitem 6.4 desta MT, sugere-se o indeferimento da cautelar.

6.8 Determinação liminar para avaliação do montante necessário para adequação das obras entregues com qualidade inferior à contratada [alínea f) - evento 25]

O MPC requer, na alínea f), do evento 25 (p. 40), que o Tribunal, usando de seu poder geral de cautela, liminarmente determine que Poder Concedente proceda à imediata avaliação do montante necessário à adequação das obras e Serviços de engenharia entregues ao Estado do Espírito Santo com qualidade inferior à contratada.

[...]

- Análise

Primeiramente cumpre lembrar que a análise feita no subitem 5.2 desta MT considerou que houve perda de objeto em relação ao presente pedido, sugerindo sua extinção do processo, sem resolução de mérito.

Contudo, caso não seja adotada a solução sugerida no subitem 5.2 desta MT, entende-se que se aplica ao presente pedido a análise feita no subitem 6.4 desta MT.

Como visto na análise do subitem 6.4 desta MT, o fundamento para os pedidos de indisponibilidade de bens (aplicável ao presente pedido de liquidação de danos) não foi suficientemente provado no Processo TC 5591/2013 e nos elementos de prova colacionados ao presente processo.

Diante do exposto, pelos mesmos motivos expressos na análise do subitem 6.4 desta MT, caso o presente pedido não seja extinto, sem resolução de mérito, sugere-se o indeferimento da cautelar pretendida através dele.

6.9 Determinação cautelar para entrega de cópias de todos os contratos, aditivos e documentos da SPE comprobatórios de serviços a ela prestados por empresas privadas na consecução do objeto da concessão [subitem 3.2 - a) - evento 81]

O MPC requer, no subitem 3.2, alínea a), da petição intercorrente 1779/2017 (evento 81, pp. 176-180), que o Tribunal, em caráter cautelar incidental, determine à ARSP e à SPE Concessionária Rodovia do Sol lhe forneçam, em prazo a ser estipulado, os documentos solicitados por meio do Ofício MPC 177/2017 (ANEXO VII), substanciados em cópias digitalizadas de todos os contratos, aditivos e documentos comprobatórios dos serviços prestados à referida concessionária pelas empresas de consultoria VISÃO EMPRESARIAL – EMPREEND. CONSULTORIA E PARTICIPAÇÕES LTDA.; Marcos R do Val - ME, Mosaico Gestão em Comunicação Ltda – EPP; ECONOS – ECONOMIA APLICADA AOS NEGÓCIOS LTDA.; Baker Tilly Brasil ES Auditores Independentes Ltda.; Skema Ltda.; Valor Empreendimentos e Participações Ltda.; De Paula Comércio e Serviços Ltda. – ME; Machado e Fassarella Engenharia e Consultoria Ltda.; e FMD Assessoria e Consultoria de Transportes e Trânsito Ltda - ME.

[...]

Diante do exposto, **sugere-se acolher o pedido cautelar, para determinar, sem oitiva prévia, que a SPE Concessionária Rodovia do Sol** traga aos autos do presente processo, no prazo de 10 dias úteis, cópias digitalizadas de todos os contratos, aditivos e documentos comprobatórios dos serviços prestados à referida concessionária pelas empresas de consultoria VISÃO EMPRESARIAL –EMPREEND. CONSULTORIA E PARTICIPAÇÕES LTDA.; Marcos R do Val – ME; Mosaico Gestão em Comunicação Ltda – EPP; ECONOS – ECONOMIA APLICADA AOS NEGÓCIOS LTDA.; Baker Tilly Brasil ES Auditores Independentes Ltda.; Skema Ltda.; Valor Empreendimentos e Participações Ltda.; De Paula Comércio e Serviços Ltda. – ME; Machado e Fassarella Engenharia e Consultoria Ltda.; e FMD Assessoria e Consultoria de Transportes e Trânsito Ltda - ME.

6.10 Determinação cautelar para entrega de cópia integral de processo administrativo sobre requisição de documentos à SPE pela ARSP e resposta da Concessionária [subitem 3.2 - a) - evento 81]

O MPC requer, no subitem 3.2, alínea b), da petição intercorrente 1779/2017 (evento 81, p. 180), que o Tribunal, em caráter cautelar incidental, requisite à ARSP, em prazo a ser estipulado, cópia integral do processo administrativo em que conste o ofício de requisição de documentos expedido pela ARSP e a resposta fornecida pela concessionária, tendo em vista que a ARSP deixou de encaminhá-los ao MPC-ES.

(...)

- Análise

Pelos mesmos motivos expostos na análise do subitem 6.9, entende-se que o acesso aos documentos citados no subitem 3.2, alínea b), da petição intercorrente, é uma prerrogativa do MPC, indispensável ao pleno exercício do controle externo, sendo inaceitável a postura omissiva adotada pelos agentes públicos responsáveis pela ARSP, cuja reprimenda é a sanção prevista no artigo 135, inciso VI, da LOTCEES.

Diante do exposto, sugere-se acolher o pedido cautelar, para determinar que a ARSP traga aos autos do presente processo, no prazo de 10 dias úteis, cópia integral digitalizada do processo administrativo em que conste o ofício de requisição de documentos expedido pela ARSP e a resposta fornecida pela Concessionária.

7 CONCLUSÃO

Após análises realizadas no presente Processo TC 8336/2016 conclui-se (i) que o pedido do MPC para afastamento do senhor Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo da relatoria do presente processo, por impedimento, já foi atendido pela Decisão TC 2048/2018 – Plenário, conforme fundamentação contida no item 4; (II) pela adoção das medidas saneadoras sugeridas no item 4, (III) pela rejeição da preliminar de ilegitimidade de parte suscitada pela empresa Cotia Trading S/A, conforme sugerido no subitem 5.1, (IV) pelo acolhimento parcial da preliminar de ausência de interesse processual, apenas para extinguir sem resolução de mérito os pedidos elencados na alíneas “f)”, “h)”, “l)”, “m)”, “p)” e “q)”, da Representação, conforme sugerido no subitem 5.2, (V) pelo indeferimento das medidas cautelares pleiteadas nas alíneas b), i), ii) e iii), c), i), ii) e iii), d), e) e f) do pedido da Representação (evento 25, pp. 31-40), conforme sugerido nos subitens 6.1 a 6.8, e (VI) pelo deferimento das medidas cautelares pleiteadas no subitem 3.2, alíneas a) e b), da petição intercorrente 1779/2017 (evento 81, pp. 176-180), conforme sugerido nos subitens 6.9 e 6.10, todos desta Manifestação Técnica.

8 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, encaminham-se os autos à consideração superior com as seguintes propostas de encaminhamento:

8.1 adotar as medidas saneadoras sugeridas no item 4 desta Manifestação Técnica, a saber: I- desentranhamento da petição de agravo e documentação suporte (eventos 93 a 121 deste processo eletrônico), para sua subsequente autuação em autos de agravo; II- expedição de notificação ao MPC, nos autos de agravo, a fim de se manifestar sobre a manutenção ou desistência do recurso de agravo por ele interposto; III- não conhecimento do agravo, caso o MPC manifeste sua desistência; e IV- remessa dos autos de agravo ao NRC para instrução, caso o MPC manifeste interesse em prosseguir com o agravo.

8.2 rejeitar a preliminar de ilegitimidade de parte suscitada pela empresa Cotia Trading S/A, nos termos do subitem 5.1 desta Manifestação Técnica;

8.3 acolher parcialmente a preliminar de ausência de interesse processual, apenas para extinguir sem resolução de mérito os pedidos elencados na alíneas “f)”, “h)”, “l)”, “m)”, “p)” e “q)”, da Representação (evento 25, pp. 40-42, 47-50 e 52-54), nos termos do subitem 5.2 desta Manifestação Técnica;

8.4 indeferir as medidas cautelares pleiteadas nas alíneas b), i), ii) e iii), c), i), ii) e iii), d), e) e f) do pedido da Representação (evento 25, pp. 31-40), nos termos dos subitens 6.1 a 6.8 desta Manifestação Técnica;

8.5 deferir as medidas cautelares pleiteadas no subitem 3.2, alíneas a) e b), da petição intercorrente 1779/2017 (evento 81, pp. 176-180), nos termos dos subitens 6.9 e 6.10 desta Manifestação Técnica. – g.n.

Por seu turno, o Ministério Público Especial de Contas, nos termos do Parecer 00004/2023-9, de lavra do Procurador, Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, acompanhou a área técnica, na íntegra, nos termos da sua manifestação.

Denota-se que as empresas Urbesa Administração e Participação Ltda. e Engenharia e Construtora Araribóia Ltda. apresentaram petição (evento 132), requerendo a extinção do presente processo, sem resolução do mérito, tendo em vista o trânsito em julgado do v. Acórdão TC 01450/2019-3, prolatado no processo TC 05591/2013-9.

Bem assim, a concessionária RODOVIA DO SOL S/A - RODOSOL apresentou as petições intercorrentes (eventos 145 e 149), em suma, requerendo a extinção do processo TC 08336/2016-4.

Assim sendo, considerando a documentação constante dos autos, bem como a Manifestação Técnica e do *Parquet* de Contas, assim como a legislação aplicável ao caso em tela, passo a análise das preliminares suscitadas e de outras medidas incidentais requeridas nos autos.

3. DA ANÁLISE DAS PRELIMINARES SUSCITADAS E DEMAIS QUESTÕES INCIDENTAIS APONTADAS NESTE PROCESSO:

Referidas preliminares serão analisadas uma a uma, a fim de facilitar o entendimento da controvérsia.

3.1. DA ILEGITIMIDADE PASSIVA SUSCITADA PELA EMPRESA COTIA TRADING S/A – CONFUSÃO COM O EVENTUAL MÉRITO DA DEMANDA.

Vislumbra-se da análise dos autos que a empresa Cotia Trading S/A suscitou a sua ilegitimidade passiva para figurar como parte representada nos presentes autos.

A esse despeito, entendo assistir razão à área técnica que, nos termos da Manifestação Técnica nº 01598/2020-1 (subitem 5.1), se manifestou no sentido de que o *Parquet* de Contas apenas fez referência ao Relatório da CPI da RODOSOL de 2004, com o propósito de investigar, através da quebra de sigilo fiscal, sua participação oculta na empresa ORL e na exploração da concessão do Sistema RODOSOL, de forma que há confusão da preliminar suscitada com o mérito da demanda, assim sua comprovação depende, se for o caso, da análise meritória do feito, conforme jurisprudência hodierna, veja-se:

[...]

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DA PARTE DEMANDADA. **PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRELIMINAR QUE SE CONFUNDE COM O PRÓPRIO MÉRITO DO RECURSO.** PROVAS COLIGIDAS AOS AUTOS QUE DEMONSTRAM **A OCORRÊNCIA DE FRAUDE VIRTUAL, DENOMINADA PHISHING, FORTUITO EXTERNO, FATO DE TERCEIRO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. ART. 14, § 3º, INCISO II, DO CPC.** REFORMA DA SENTENÇA VERGASTADA. APELO DA RÉ CONHECIDO E PROVIDO. RECURSO AUTURAL PREJUDICADO. DECISÃO UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 202200733209 Nº único: 0001519-02.2021.8.25.0002 - 1ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça de Sergipe - Relator (a): Cezário Siqueira Neto - Julgado em 18/11/2022) (TJ-SE - AC: 00015190220218250002, Relator: Cezário Siqueira Neto, Data de Julgamento: 18/11/2022, 1ª CÂMARA CÍVEL) – g.n

Ante o exposto, acolho o entendimento técnico e **rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam suscitada**, conforme razões externadas.

3.2 DA AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL – TRÂNSITO EM JULGADO NOS AUTOS DO PROCESSO TC Nº 05591/2013-9 (PROCESSO DE AUDITORIA ESPECIAL – PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO – CARÊNCIA DE AÇÃO – PROCESSO DEVE SER EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

Já no que se refere à preliminar suscitada quanto à ausência de interesse processual, para extinguir o processo sem resolução de mérito, cuja manifestação da área técnica se deu no subitem 5.2 da referida Manifestação, sugerindo o seu acolhimento parcial, referente as alíneas “f”, “h”, “l”, “m”, “p” e “q”, da Representação, nesse ponto, entendo que **o seu acolhimento deve ser integral**, pelas razões que adiante passo a fundamentar.

Quanto à ausência de interesse processual, o subscritor da Manifestação Técnica nº 01598/2020-1 assim concluiu: [...] *Fundamental esclarecer, também, que **APESAR DE O NOVO CPC NÃO TER DISCIPLINADO EXPRESSAMENTE SOBRE***

AS CONDIÇÕES DA AÇÃO, A DOCTRINA MAJORITÁRIA ENTENDE QUE A EXPRESSÃO AUSÊNCIA DE “LEGITIMIDADE E DE INTERESSE PROCESSUAL” PREVISTA NO INCISO VI DO ARTIGO 485 DO NOVO CÓDIGO SE REFERE E ÀS CONDIÇÕES DA AÇÃO, [...] a esse respeito, entendo que há clara disposição legal acerca do tema aplicável ao caso, conforme disposições contidas nos artigos 356, 502 e 507 do CPC/2015, o que impede a análise do mérito, devendo ser extinto o processo, na forma do art. 485, IV e VI, do mesmo diploma legal.

Assim sendo, tanto em relação a todos os pontos relativos ao item 5.2 e 6 da Manifestação Técnica nº 01598/2020-1, entendo que, da mesma maneira, a respeito do opinamento técnico quanto ao indeferimento parcial das medidas cautelares pleiteadas na Representação, conforme enfrentado nos subitens 6.1, 6.7, 6.8, 6.9 e 6.10 da aludida Manifestação Técnica, sua análise restou prejudicada, isto é, não há como analisá-los neste momento, dada a ocorrência de perda superveniente do objeto.

Isto porque, da análise dos autos, tem-se que a presente Representação proposta pelo douto Membro do Ministério Público de Contas, tem por escopo a concessão de medidas cautelares, estritamente ligadas ao provimento final do processo de auditoria extraordinária TC nº 05591/2013-9, inerente a supostas irregularidades contidas no Contrato de Concessão nº 001/1998, operacionalizado pelo “Sistema Rodovia do Sol”.

Ocorre que, da leitura atenta dos autos do Processo TC nº 05591/2013-9, especificamente dos termos do v. Acórdão TC 01450/2019-3, de 22/10/2019, restaram determinadas diversas providências a cargo da agência reguladora e fiscalizadora do contrato de concessão, tendo o Plenário desta Egrégia Corte de Contas assim concluído, *verbis*:

[...]

1.3. Julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a Representação;

1.4. MANTER os seguintes Achados de Auditoria:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.5. 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)

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

II.6. Expedição ilegal de licença ambiental prévia

1.7. 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

1.8. 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:

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

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

1.8.2.1. 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.

1.8.2.2. 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.

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

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

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

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

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

1.8.3.5. 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.

1.8.4. 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.

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

1.8.5.1. 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.

1.8.5.2. 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.

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

1.8.6.1. 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

1.8.6.2. quanto à Conservação Especial:

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

1.8.6.2.2. 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;

1.8.6.2.3. 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;

1.8.6.2.4. 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.

1.8.6.3. quanto às Desapropriações:

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

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

1.8.6.4. 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

1.9. 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:

1.9.1. 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.

1.9.2. 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.

1.9.3. 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.

1.9.4. 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.

1.9.5. 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.

1.9.6. 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;

1.9.7. 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.

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

1.9.8.1. 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.

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

1.9.8.3. 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.

1.9.8.4. quanto aos Investimentos modificados por aditivos contratuais:

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

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

1.9.8.4.3. 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.

1.9.8.5. 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.

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

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

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

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

1.9.8.7. quanto ao Investimento do Posto Geral de Fiscalização:

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

1.9.8.7.2. 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

1.9.9. 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:

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

1.9.9.2. 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).

1.10. 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.

1.11. 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:

1.11.1. 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.

1.11.2. 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.

1.11.3. 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".

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

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

1.11.4.2. 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.

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

1.11.5.1. 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.

1.11.5.2. 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.

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

1.11.6.1. 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.

1.11.6.2. 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.

1.11.6.3. 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.

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

1.11.7.1. 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.

1.11.7.2. 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.

1.11.7.3. 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.

1.11.8. 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.

1.11.9. 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.

1.11.10. 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.

1.11.11. 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.

1.11.12. 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.

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

Vê-se, portanto, do v. Acórdão TC 01450/2019-3, em suma, que das várias providências determinadas, a serem tomadas pela agência reguladora e fiscalizadora do contrato de concessão, tem-se, inclusive, a determinação que se promova o reequilíbrio do referido contrato de concessão, além de ter sido afastada no item 1.12 do mesmo, a anulação do Contrato de Concessão n.º 001/1998.

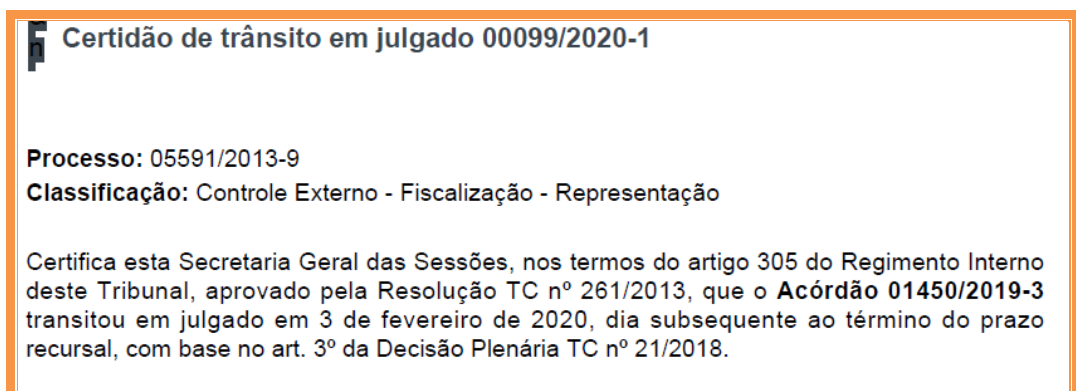
Entende-se que os pedidos cautelares formulados são abarcados pelas medidas saneadoras e de mérito – decisão parcial de mérito, tal qual disposto no art. 356 do CPC, acerca da qual não se insurgiu o *Parquet* de Contas, restando evidente que o julgamento antecipado parcial do mérito faz coisa julgada quando as partes não interpõem o recurso cabível no prazo legal, não cabendo mais discussão ou alteração quanto às questões ali decididas, conforme disposições contidas nos art. 356, § 3º, art. 502 c/c o art. 507 do CPC/2015, na forma do precedente, veja-se:

[...]

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. **DECISÃO DE JULGAMENTO PARCIAL DO MÉRITO. ACÓRDÃO. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO. PRECLUSÃO. MATÉRIA TRANSITADA EM JULGADO.** RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MÉRITO. 1. **A ausência de impugnação oportuna quanto aos fundamentos do acórdão que desproveu o agravo de instrumento interposto contra decisão de julgamento parcial do mérito, impede a modificação dos temas não recorridos ante a preclusão e o consequente o trânsito em julgado da matéria.** 2. A interposição de recurso especial para discutir exclusivamente a majoração de honorários advocatícios efetuada em embargos de declaração não impede o cumprimento de sentença das demais matérias atingidas pela coisa julgada material. 3. A ausência de pedido de efeito suspensivo ao recurso especial, nos termos previstos no art. 1.029 do CPC, atrai a incidência do disposto no art. 520 do mesmo diploma, segundo o qual não há impedimento para se prosseguir com o cumprimento da sentença. Precedentes deste Tribunal. 4. Recurso conhecido e provido. (TJ-DF 07132506320188070000 DF 0713250-63.2018.8.07.0000, Relator: DIAULAS COSTA RIBEIRO, Data de Julgamento: 17/10/2018, 8ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 23/10/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.) – grifo nosso

Dessa forma, ante à não ocorrência de impugnação, por parte do Ministério Público Especial de Contas das matérias atinentes às determinações expedidas e, principalmente, **em razão da rejeição da anulação do contrato nº 001/1998** – nos termos do item 1.12 do v. Acórdão TC nº 01450/2019-3 -, é de se entender que **restam prejudicadas, por ocorrência de preclusão consumativa e máxima,** havendo a perda do direito de promover pedidos ou impugnações, **em razão da coisa julgada administrativa,** por ter perdido o MPC o direito de fazê-lo em momento oportuno.

Denota-se, assim, que houve naqueles autos decisão parcial de mérito, cujos efeitos tornaram-se irrecorríveis, em 03 fevereiro de 2020, conforme certidão (evento 432), expedida pela Secretaria Geral das Sessões, que abaixo segue:



Vislumbra-se, por fim, que, de fato, o desfecho do processo TC nº 05591/2013-9, nos termos do v. Acórdão TC 01450/2019-3, não contempla diretamente nenhuma das medidas cautelares pleiteadas na presente

Representação, todavia, resta prejudicada a sua análise meritória, porquanto, seu acolhimento ou não acolhimento está intrinsicamente ligado à rejeição da anulação do Contrato de Concessão nº 001/1998.

Assim sendo, não se pode rediscutir questões periféricas que se encontram abarcadas pela rejeição da anulação do Contrato de Concessão nº 001/1998, visto que eventuais cautelares e outras decisões incidentes restam prejudicadas pela referida rejeição, pelo que deve ser extinto o processo sem resolução de mérito a este respeito, por ausência de condição da ação, nos termos do art. 485, IV e VI do CPC/2015.

No que se refere ao agravo interposto pelo douto Representante do Ministério Público de Contas, a área técnica, nos termos da Manifestação Técnica nº 01598/2020-1, sugeriu, em síntese, o “desentranhamento da petição de agravo e documentação suporte (eventos 93 a 121 deste processo eletrônico), para sua subsequente autuação em autos de agravo”.

Contudo, aqui a Eminente Relatora proferiu decisão anterior entendendo por prejudicado o Agravo interposto, e, pelas mesmas razões antes expostas, entendo que a análise do referido recurso de Agravo se mostra prejudicado, pois de igual modo, guarda estrita ligação ao que foi julgado nos termos do referido v. Acórdão TC 01450/2019-3, o qual, frise-se, tornou-se irrecurável nos autos de origem, ante à preclusão máxima havida.

Em sendo assim, entendo que deve ser acolhido o pedido formulado pelas empresas Urbesa Administração e Participação Ltda., Engenharia e Construtora Araribóia Ltda., bem como pela concessionária RODOVIA DO SOL S/A – RODOSOL no que se refere à **EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO**, nos termos do art. 485, IV e VI do CPC/2015.

4. DO DISPOSITIVO:

Ante o exposto, divergindo da área técnica e do Ministério Público Especial de Contas, proponho **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de Acórdão que submeto à sua consideração.

MARCO ANTONIO DA SILVA
Relator

1. ACÓRDÃO TC-00250/2023-4

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas em:

1.1. REJEITAR a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela empresa Cotia Trading S/A, por ocorrência de confusão com o eventual mérito da demanda, conforme razões antes expendidas;

1.2. ACOLHER integralmente a preliminar de ausência de interesse processual e de condições da ação, para **EXTINGUIR O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO**, nos termos do art. 485, inciso IV e VI do Código de Processo Civil, pelas razões antes externadas;

1.3. DAR CIÊNCIA aos interessados e **ARQUIVAR** os presentes autos, após o respectivo trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 28/03/2023 - 12ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Coelho do Carmo (vice-presidente no exercício da Presidência), Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

4.2. Conselheiro substituto: Marco Antonio da Silva (relator)

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Vice-Presidente no exercício da Presidência

CONSELHEIRO SUBSTITUTO MARCO ANTONIO DA SILVA

Relator

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões