



Acórdão 00256/2023-1 - Plenário

Processos: 03446/2021-8, 08838/2018-3

Classificação: Pedido de Reexame

UGs: ARSP - Agência de Regulação de Serviços Públicos, CESAN - Companhia Espírito Santense de Saneamento

Relator: Marco Antônio da Silva

Interessado: AMADEU ZONZINI WETLER, DENISE DE MOURA CADETE GAZZINELLI CRUZ, JOUZE FERRARI WANDER HAEYDEN LENTINI, PABLO FERRACO ANDREAO, PAULO RUY VALIM CARNELLI, SANDRA SILY, COMPANHIA ESPIRITO SANTENSE DE SANEAMENTO CESAN, CARLOS AURELIO LINHALIS

Recorrente: AMBIENTAL SERRA CONCESSIONARIA DE SANEAMENTO S.A

Procuradores: MARIANA FERNANDES BELIQUI (OAB: 15918-ES), ALEX DE FREITAS ROSETTI (OAB: 10042-ES), AMANDA LOYOLA GOULART (OAB: 24474-ES), CARLOS EDUARDO AMARAL DE SOUZA (OAB: 10107-ES), CHRISTINA CORDEIRO DOS SANTOS (OAB: 12142-ES), FLAVIO CHEIM JORGE (OAB: 262B-ES), LUDGERO FERREIRA LIBERATO DOS SANTOS (OAB: 21748-ES), MARCELO ABELHA RODRIGUES (OAB: 7029-ES), MATHEUS DOCKHORN DE MENEZES (OAB: 14007-ES), ANDRE LUIZ GUIMARAES ARAUJO (OAB: 105354-RJ), RENATO OTTO KLOSS (OAB: 117110-RJ, OAB: 425544-SP), TIAGO SANTOS OLIVEIRA (OAB: 12895-ES)

**PEDIDO DE REEXAME – ACÓRDÃO TC 00709/2021-4 –
PLENÁRIO – CONHECER E, NO MÉRITO, DAR
PROVIMENTO – REFORMAR O ACÓRDÃO VISANDO
EXCLUIR A DETERMINAÇÃO CONTIDA NO SEU ITEM
2 – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR.**

1. A presença dos requisitos de admissibilidade, aliado à documentação constante dos autos, especialmente o 2º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão 34/2014, aliado às razões recursais e técnicas, impõem o conhecimento e, no mérito, provimento ao Pedido de Reexame, com a consequente reforma do v. Acórdão recorrido, excluindo-se a determinação contida no seu item 2, no sentido de

que se considere a eficiência medida em todas as ETE's no cálculo do indicador IEO1.

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

Tratam os presentes autos de **Pedido de Reexame**, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, interposto pela empresa **AMBIENTAL SERRA CONCESSIONÁRIA DE SANEAMENTO S.A. (ASCS)**, em face do item 2 do v. **Acórdão TC 00709/2021-4 – Plenário**, prolatado nos autos do Processo TC 08838/2018-3, referente a Fiscalização do Contrato de Concessão Administrativa – PPP nº 34/2014, firmado com a CESAN – Companhia Espírito Santense de Saneamento.

A Recorrente almeja, em síntese, o conhecimento do presente Pedido de Reexame, a concessão de efeito suspensivo, e, no mérito, o seu provimento, para reforma do v. Acórdão guerreado, com vistas à exclusão da determinação de que o atual Diretor Presidente da CESAN passe a considerar a eficiência medida em todas as ETEs no cálculo do indicador IEO1.

Por meio da Decisão Monocrática 00736/2022-1 este Relator conheceu do presente Recurso encaminhando o feito à área técnica para a devida instrução.

A área técnica, por meio do Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas – NRC, nos termos da Instrução Técnica de Recurso – ITR 00418/2022-3, opinou pelo **conhecimento e provimento** do Pedido de Reexame, bem como pela expedição de advertência.

O Ministério Público Especial de Contas, por meio do Parecer 04796/2022-9, de lavra do Procurador, Luis Henrique Anastácio da Silva, em consonância com a área técnica, pugnou no mesmo sentido, bem como pela inclusão do Contrato de Concessão 034/2014 no plano de Fiscalização para o exercício de 2023.

Assim, conforme regular distribuição vieram os autos a este Magistrado de Contas para emissão de relatório e voto para efeito de deliberação do Colegiado, nos termos do art. 29 do Regimento Interno, Resolução TC 261/2013.

É o sucinto relatório.

VOTO

Tendo sido interposto o presente **Pedido de Reexame** pela empresa **AMBIENTAL SERRA CONCESSIONÁRIA DE SANEAMENTO S.A. (ASCS)**, em face do item 2 do v. **Acórdão TC 00709/2021-4 – Plenário**, prolatado nos autos do Processo TC 08838/2018-3, referente a Fiscalização do Contrato de Concessão Administrativa – PPP n. 34/2014, firmado com a CESAN, cumpre a sua análise, em razão da documentação que lhe dá suporte.

1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

Da análise dos autos, verifico que a área técnica, por meio do Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas – NRC, nos termos da Instrução Técnica de Recurso – ITR 00418/2022-3, opinou pelo **conhecimento e provimento** do presente Pedido de Reexame, bem como pela expedição de advertência.

Assim, transcreve-se o posicionamento da área técnica, nos termos da Instrução Técnica de Recurso – ITR 00418/2022-3, *verbis*:

[...]

4 CONCLUSÃO

4.1 Diante das razões fáticas e jurídicas expostas na presente Instrução Técnica de Recurso opina-se:

4.1.1 pelo **CONHECIMENTO** do presente Pedido de Reexame, interposto pela sociedade empresária Ambiental Serra Concessionária de Saneamento S.A, para que, **no mérito**, em razão do acolhimento da alegação concernente à existência do Termo Aditivo 02 (ao Contrato de Concessão 34/2014) - que desobrigou a ora Recorrente, temporariamente, em atender ao índice IEO1, na base inicialmente estabelecida ($\geq 85\%$ na “eficiência de remoção de DBO”), quanto às ETes Alphaville, Nova Almeida, Manguinhos, Laranjeiras e Valparaíso – seja dado **PROVIMENTO, no sentido de excluir a determinação contida no tópico 2, da parte dispositiva do Acórdão TC 709/2021-Plenário, que exorta o Diretor Presidente da Cesan a considerar a eficiência medida em todas as ETes no cálculo do indicador IEO1;**

4.1.2 em conformidade com os precedentes firmados no Acórdão TC 790/2022-Plenário (Processo TC 631/2022) e Acórdão TC 1054/2022-Plenário (Processo TC 3988/2022), por **ADVERTIR** à parte de que a interposição de embargos declaratórios manifestamente protelatórios poderá implicar em sanção de multa prevista no art. 135, XIII, da Lei

Complementar 621/2012 (Lei Orgânica do TCEES) c/c art. 389, XII, do Regimento Interno do TCEES. – g.n.

O Ministério Público Especial de Contas, por meio do Parecer 04796/2022-9, de lavra do Procurador, Dr. Luis Henrique Anastácio da Silva, acompanhou a área técnica, nos termos da sua manifestação, bem como pela inclusão do Contrato de Concessão 034/2014 no plano de Fiscalização para o exercício de 2023.

2. DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO:

Os pressupostos de admissibilidade deste Recurso foram devidamente analisados por meio da Decisão Monocrática 00736/2022-1, sendo assente estarem presentes todos os requisitos legais e regulamentares, concluindo este Relator pelo seu **CONHECIMENTO**.

Assim, passa-se à análise meritória do feito.

3. DO MÉRITO:

Vislumbra-se do pleito recursal que o Recorrente almeja o conhecimento e provimento do presente recurso, visando a exclusão da determinação de que trata o item 2 do v. Acórdão recorrido no sentido de que o atual Diretor Presidente da CESAN passe a considerar a eficiência medida em todas as ETE's no cálculo do indicador IEO1.

Vale ressaltar, inicialmente, que o Processo TC 08838/2018-3, do qual originou o v. Acórdão recorrido, tratou da realização de Auditoria de Conformidade realizada na ARSP – Agência de Regulação de Serviços Públicos e na CESAN – Companhia Espírito Santense de Saneamento, cujo objeto foi a fiscalização do Contrato de Concessão Administrativa – PPP 34/2014, firmado entre a CESAN e a empresa Serra Ambiental – CSSA, com escopo na verificação do cumprimento dos indicadores de desempenho.

O referido Contrato tem vigência de 30 (trinta) anos e tem como objeto a Concessão Administrativa para ampliação, manutenção e operação do sistema sanitário do município da Serra, conforme o Anexo de Metas e Indicadores de

Desempenho, no Caderno de Encargos e nos demais Anexos ao Contrato, observadas ainda as Diretrizes de Licenciamento Ambiental.

Conforme o Relatório de Auditoria 54/2018, o referido Contrato elenca um total de 16 índices de desempenho, sendo 6 os índices de desempenho de construção e 10 índices de desempenho de operação, além do que a aferição desses índices é de considerável relevância, vez que a remuneração mensal da Concessionária pela CESAN, comporta uma parcela fixada vinculada ao atendimento de metas estabelecidas para os índices de desempenho de construção e uma parcela variável que depende do alcance de metas para os índices de desempenho de operação.

Dentre os 10 índices de desempenho de operação, tem-se o “Índice de Eficiência Operacional 1” (IEO1), que diz respeito especificamente à “Remoção de Carga Orgânica” (poluentes orgânicos), cuja meta estabelecida no Anexo III do Contrato, para os 10 primeiros anos da Concessão, deve ser de redução desses poluentes orgânicos em pelo menos 85%.

Simplificando, tem-se que o rejeito/efluente, ao passar por uma Estação de Tratamento de Esgoto – ETE, deverá ter sua Carga Orgânica, ou seja, seus poluentes orgânicos reduzidos em pelo menos 85% após receber o tratamento.

Relata-se, ainda, que no Município da Serra existem 21 ETE's, sendo que o cálculo do Índice IEO1 é realizado pela média das eficiências das ETE's, porém, desde o início do Contrato, não são consideradas no cálculo as ETE's de Alphaville e Nova Almeida, e, a partir do 2º trimestre do exercício de 2018, também não está sendo computado no cálculo o percentual de remoção de DBO (Demanda Bioquímica de Oxigênio) apurado na ETE de Manguinhos.

Tal fato foi reconhecido pelo v. Acórdão TC 00709/2021-4 – Plenário, gerando a determinação contida no seu item 2, para que a CESAN passe a considerar a eficiência medida em todas as 21 ETE's no cálculo do indicador IEO1, objeto de impugnação pela Concessionária recorrente.

A Concessionária recorrente, em defesa do seu pleito, citando jurisprudência e doutrina pátria especializada, argumenta, em síntese, o seguinte:

- Peculiaridades técnicas justificaram a desconsideração do indicativo de desempenho IEO1 obtido nas ETE's de Alphaville e de Nova Almeida, quais sejam: as referidas ETE's estariam recebendo rejeitos já demasiadamente diluídos, de modo que a capacidade de remoção de DBO do processo acaba limitada, e que, em razão dessa limitação, os equipamentos não alcançam um nível de remoção de DBO maior ou igual a 85% - extrai-se menos DBO percentualmente, mas o resultado é adequado ambientalmente. Tal fato, no entanto, foi objeto do 2º termo aditivo ao contrato e não representa qualquer falha técnica ou ineficiência das ETE's;

- Em relação à ETE de Manguinhos, em virtude da CESAN não ter realizado obras para aumentar a capacidade da estação, tal como previsto no contrato, restou também impactada negativamente a sua performance de redução de DBO, vez que opera com vazões médias bem próximas às vazões atuais de projeto;

Em razão das peculiaridades técnicas daqueles equipamentos e da distorção no indicador que seria causada na hipótese de utilização daqueles dados, a CESAN e a Concessionária, sob a supervisão e controle do Verificador Independente do contrato, decidiram por desconsiderar a medição das 3 (três) ETE's;

- Alega, ainda, a Recorrente a ausência de prejuízo ambiental com a exclusão das 3 (três) ETE's do cálculo do indicador de desempenho IEO1, vez as mesmas estariam atendendo integralmente aos requisitos das Resoluções CONAMA 430/2011 e 357/2005;

- Defende, por fim, que mesmo desconsiderando as 3 (três) ETE's do cálculo do indicador de desempenho IEO1 atingiria a nota máxima prevista contratualmente, asseverando que qualquer afirmação de que em razão da exclusão das mesmas no cálculo estaria beneficiando financeiramente a Concessionária é absurda e não se sustenta diante da realidade dos fatos.

O subscritor da Instrução Técnica de Recurso opinou pelo conhecimento e provimento do Recurso, bem como por advertir à parte de que a interposição de embargos declaratórios manifestamente protelatórios poderá implicar em sanção de multa, na forma da lei e do regimento interno desta Corte de Contas, em conformidade com os precedentes firmados no Acórdão TC 790/2022 – Plenário

(Processo TC 631/2022) e Acórdão TC 1054/2022 – Plenário (Processo TC 3988/2022), contra-argumentando, em síntese:

- Muito embora tais justificativas técnicas tenham sido contestadas no brilhante trabalho de instrução realizado nos autos do Processo TC 08838/2018-3, é fato comprovado que no segundo semestre de 2018, a CESAN e a Concessionária ora recorrente assinaram o 2º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão 34/2014, revisando o Anexo III referente às Metas e Indicadores de Desempenho, já vigente à época dos trabalhos de auditoria (período de 5/11/2018 a 25/1/2019);

- O referido termo aditivo contratual, estabeleceu que as ETE's de Manguinhos, Laranjeiras e Valparaíso, até que se concluam as obras de ampliação a cargo da CESAN, terão como valor de referência o preconizado pela Resolução CONAMA 430/2011 para o parâmetro DBO e que as amostras delas retiradas, assim como as das ETE's de Alphaville e de Nova Almeida, não serão consideradas no cálculo do indicador IEO1;

- Assim, não tendo sido questionada a legalidade do 2º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão 34/2014, em que pese o irrepreensível trabalho de instrução desempenhado no Processo TC 8838/2018, entendemos que resulta carente de fundamento fático e jurídico a determinação contida no item 2 da parte dispositiva do Acórdão TC 709/2021 – Plenário expedida à CESAN no sentido de que considere no cálculo do indicador IEO1 a eficiência medida em todas as ETE's objeto do contrato.

Examinando o feito, verifico que a análise técnica mostra-se adequada, e, diante da sua completude, não carece de qualquer acréscimo, motivo pelo qual acolho tal entendimento, acolhido pelo *Parquet* de Contas, adotando-o como razão de decidir, conforme razões amplamente externadas.

4. DO DISPOSITIVO:

Ante o exposto, acolhendo o posicionamento 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-00256/2023-1

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. CONHECER e, no mérito, **DAR PROVIMENTO** ao presente Pedido de Reexame, interposto pela empresa **AMBIENTAL SERRA CONCESSIONÁRIA DE SANEAMENTO S.A. (ASCS)**, em face do **item 2** do v. **Acórdão TC 00709/2021-4 – Plenário**, prolatado nos autos do Processo TC 08838/2018-3, referente a Fiscalização do Contrato de Concessão Administrativa – PPP n. 34/2014, firmado com a CESAN – Companhia Espírito Santense de Saneamento, visando **REFORMAR o v. Acórdão**, para **EXCLUIR a determinação** contida no seu **item 2** endereçada à CESAN, no sentido **de considerar a eficiência medida em todas as ETE's no cálculo do indicador IEO1**;

1.2. DEIXAR DE ADVERTIR à Recorrente de que a interposição de embargos declaratórios quando inexistentes os vícios de contradição, omissão, obscuridade, erro material ou matéria que deva ser conhecida de *ofício*, poderá ensejar sanção pecuniária, tal qual suscitado na Manifestação Técnica, por se tratar de situação que se enquadra quando manifesto o caráter protelatório;

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

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 30/03/2023 - 13ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

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

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SUBSTITUTO MARCO ANTONIO DA SILVA

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

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