

Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10414
Ass: _____
Mat. 203.161

Espírito Santo – ALES a sustação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol);

5. Caso a ALES, no prazo de 90 (*noventa*) dias, não suste a execução do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, § 2º, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XIX, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 111, § 3º, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208, § 3º, do Regimento Interno do TCEES, **decida pela sustação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998** (Concessão do Sistema Rodovia do Sol). Assim decidindo, com fundamento no § 4º, e seus incisos I e II, do artigo 208, de seu Regimento Interno: **i) determine ao responsável pela ARSI que, no prazo de 15 (quinze) dias, adote as medidas necessárias ao cumprimento da decisão; e ii) comunique o decidido à ALES e ao Governador do Estado do Espírito Santo.**

2.6 Inexistência de critérios objetivos para aferir a adequação do serviço prestado no que tange à fluidez do tráfego na Terceira Ponte [QA06]

Consta do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, na Cláusula XVI, item 5, o seguinte:

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

A referida cláusula versa sobre os critérios para considerar o serviço prestado pela concessionária como **adequado**. No seu item 5 verifica-se que **há previsão de nível de serviço para a Rodovia ES-060, mas não há para a Ponte Darcy Castello de Mendonça (Terceira Ponte)**. Tal fato exclui este trecho da obrigação de realização de obras de expansão e melhoria do sistema, à custa da contratada, conforme previsão dos itens 6 e 7 da mesma cláusula:

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

[Handwritten signatures and initials]

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

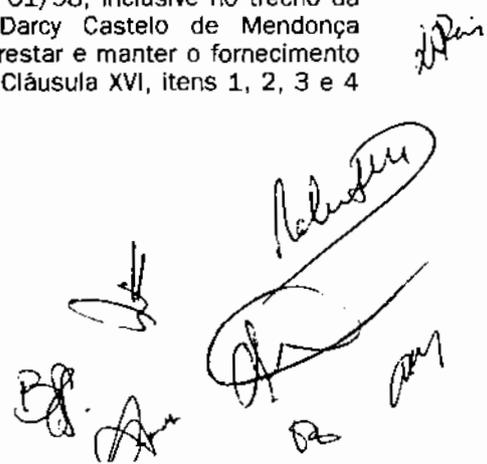
A ausência de critérios objetivos para aferição do nível de serviço na Terceira Ponte gera questionamentos quanto à exigência constitucional de manutenção de **serviço adequado** no âmbito das concessões, trazida pelo artigo 175, parágrafo único, inciso IV, da Carta Magna.

Nesse sentido, inclusive, o Estado, por meio do Departamento de Estradas de Rodagem – DER/ES, promoveu a **Ação Ordinária nº. 024.090.107.202** em face da Concessionária Rodovia do Sol S.A., em que constam os seguintes pleitos:

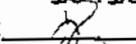
(a) seja DECLARADA a existência de relação jurídica decorrente do Contrato de Concessão de Serviço Público nº 01/1998 que obrigue a requerida, Concessionária Rodovia do Sol S.A., a manter, durante todo o prazo da concessão, "a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários", inclusive com a adoção de outras medidas, não previstas no Programa de Exploração da Rodovia, destinadas à readequação da estrutura do trecho concedido para a preservação da "fluidez do tráfego", tais como obras de ampliação e melhoramento da capacidade das vias, independentemente de reajuste de tarifa ou re-equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, reconhecendo-se, ainda, que tais encargos estão abarcados dentre as obrigações da empresa concessionária sintetizadas no conceito de "serviço adequado", em vista da assunção do risco de alteração do volume do trânsito (para maior ou menor) integralmente pela concessionária (Cláusula XIII, Item 1, do Contrato de Concessão de Serviço Público nº 01/1998);

(b) seja DECLARADA a existência de relação jurídica decorrente do Contrato de Concessão de Serviço Público nº 01/1998 que obrigue a requerida, Concessionária Rodovia do Sol S.A., a promover obras, ou arcar com o respectivo custo, visando à melhoria do serviço prestado pela concessionária e à garantia da fluidez do tráfego, quando prejudicada pelo aumento do fluxo de veículos a gerar a conseqüente diminuição da capacidade do trecho concedido de absorção da demanda do serviço, independentemente da promoção re-equilíbrio econômico-financeiro ou qualquer outro tipo de reajustamento contratual, na forma do item 2, alínea "d", da Cláusula XXIV, e do item 7 da Cláusula XVI, do Contrato nº 01/98, inclusive no trecho da concessão denominado Ponte Deputado Darcy Castelo de Mendonça (Terceira Ponte), por força da obrigação de prestar e manter o fornecimento do "serviço adequado" tal como imposto na Cláusula XVI, itens 1, 2, 3 e 4 do Contrato em foco¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Processo TC 5591/2013. fls. 8356-8357.



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10416
Ass: 
Mat. 203.161

A concessionária, por sua vez, contesta os argumentos trazidos pelo Estado do Espírito Santo, alegando em suma que, não havendo previsão de nível de serviço na Terceira Ponte, não há obrigação de arcar com obras de ampliação nesse trecho. Para que tal ocorra, segundo ela, necessário se faz o restabelecimento do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, conforme trecho abaixo:

E indiscutível, previsto também em lei, que a alteração unilateral do contrato de concessão (modificação dos encargos do concessionário), imposta pelo Poder Concedente obriga ao prévio restabelecimento do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, como expressamente prevê o Art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.987/95¹⁰¹.

A questão ainda não foi objeto de decisão pelo Poder Judiciário.

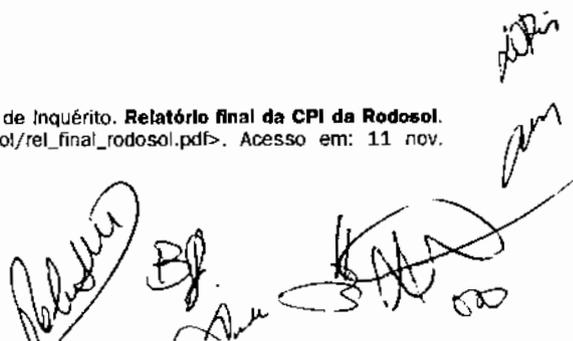
No âmbito do Poder Legislativo, vale citar o Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito, instaurada pela Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo – ALES, denominada CPI da RODOSOL. A referida peça discorre sobre o risco geral de trânsito, previsto na Cláusula XIII, e reconhece que o incremento de tráfego na Rodovia ES-060 implicaria na necessidade de obras de expansão, a serem realizadas a expensas da concessionária. Contudo, destaca que a Terceira Ponte foi excluída dessa obrigação, conforme se observa no trecho abaixo:

Quanto a eventuais variações de tráfego a maior, são desconsideradas na equação econômico-financeira. Com efeito, havendo saturação da rodovia, cogita-se da ampliação de novas pistas. Todavia, relativamente a uma saturação na ponte decorrente do fluxo de veículos, há previsão expressa isentando a empresa de qualquer ônus futuro relativo a melhorias do sistema¹⁰².

Traçando alguns cenários, o Relatório destaca que não havia na Ponte Castello de Mendonça risco de redução de tráfego. Ao revés, àquela época já se cogitava na saturação dessa via, uma vez que já se constatava um fluxo mensal em torno de 1.710.000 (*um milhão, setecentos e dez mil*) veículos. Conforme estimativas técnicas citadas no referido Relatório, o trecho atinge sua capacidade máxima com 78.500 (*setenta e oito mil e quinhentos*) veículos por dia, com previsão, naquela oportunidade, de ocorrer em 2008.

¹⁰¹ Processo TC 5591/2013. fls. 8635.

¹⁰² ESPÍRITO SANTO. Assembleia Legislativa do Estado. Comissão Parlamentar de Inquérito. **Relatório final da CPI da Rodosol**. Disponível em: <http://www.al.es.gov.br/appdata/anexos_internet/cpi_rodosol/rel_final_rodosol.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2013.



Dessa forma, segundo a CPI, a exploração de pedágio na Terceira Ponte representava uma certeza de lucro para o empresário, na medida em que não havia perspectivas de diminuição de tráfego e tampouco a obrigação de realização de obras de melhoria do sistema quando viesse a ocorrer a sua saturação. Conclui, então, que esse quadro só trazia benefícios ao interesse privado em detrimento do interesse público e dos usuários.

Segue trecho do relatório a respeito:

Ora, ao examinar os dados, constata-se que a dita álea, relativamente à ponte, é realmente inexistente por **absoluta** impossibilidade de previsão de sua ocorrência senão vejamos:

a) A Ponte, por estar localizada no centro da região metropolitana, não apresenta nenhum dado que revele a possibilidade de ver reduzido o número de veículos. Bem ao contrário, conforme revelam as estatísticas do IBGE, aumentam os fluxos migratórios para os centros das regiões metropolitanas, não só no Espírito Santo, mas também em todo o País. Vale dizer, não há qualquer plausibilidade de se divisar hipótese de redução do volume de tráfego da ponte, salvo a remota possibilidade de inversão do já secular fluxo migratório da cidade para o campo, previsão que até a presente data não se tem notícia.

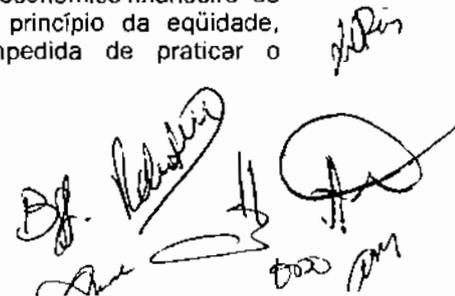
b) Outra hipótese seria cogitar que a população deixe de passar pela ponte de 3,5km, optando por voltar a percorrer o trajeto anterior à sua construção, que ligava Vitória e Vila Velha, através da Rodovia Carlos Lindenberg, o que implicaria em percorrer diariamente 26km (ida e volta) em um trajeto altamente congestionado. Como se vê, trata-se de um cenário de baixa probabilidade.

c) Por fim, saliente-se que caso haja o saturamento da ponte, cuja previsão, segundo as estimativas técnicas, está prestes a ser atingida²², a concessionária que supostamente correu o "risco da redução de fluxo de veículos" e agora foi beneficiada com a ocorrência do contrário - isto é, o incremento do fluxo de veículos - não está sujeita a qualquer contrapartida.

No contrato, não se estipulou a instalação de equipamentos, e mais se excluiu expressamente a hipótese de construção de uma nova ponte ou outras melhorias. Não há, como se vê, qualquer proporção entre o custo e o benefício. Aboliu-se o sinalagma representado por uma justa relação entre os encargos da concessionária e a retribuição. Ademais, não há equidade na relação entre as partes.

Nos termos formalmente postos no contrato, o risco de trânsito figura como uma verdadeira álea. Todavia, quando examinamos a realidade dos dados do sistema RODOSOL, a sua inclusão revela-se um embuste destinado a mascarar o lucro exorbitante da concessionária. Com a conivência do Poder Público, foi inserida uma cláusula de suposta isonomia e aleatoriedade, mas que, consoante se demonstrou, inexistente, pois, na verdade, só traz benefícios ao interesse privado, em detrimento do interesse público e dos usuários.

Através deste e de outros expedientes escusos, o que se viu foi a inclusão de falsas áleas para favorecer o capital privado, insinuando a existência de riscos para ocultar as margens de lucro injustas e desproporcionais existentes no negócio. Ora, a teoria do equilíbrio econômico-financeiro do contrato baseia-se, dentre outros elementos, no princípio da equidade, segundo o qual qualquer das partes está impedida de praticar o locupletamento ilícito em detrimento de outrem.



Tal argumentação tem repercussão direta na análise da Cláusula XVI do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, que dispõe sobre o "Serviço Adequado", a qual estabelece o seguinte:

CLÁUSULA XVI

Do Serviço Adequado

1. A concessão da exploração do SISTEMA RODOVIA DO SOL pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários.
2. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, conforto, segurança, fluidez do tráfego, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.
3. Para os fins previstos neste CONTRATO, considera-se:
 - a) regularidade: a prestação dos serviços nas condições estabelecidas no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO, neste CONTRATO e nas normas técnicas aplicáveis;
 - b) continuidade: a manutenção, em caráter permanente, da oferta dos serviços previstos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO;
 - c) eficácia: a execução dos serviços de acordo com as normas técnicas aplicáveis e em padrões satisfatórios, e que assegurem, qualitativa e quantitativamente, o cumprimento dos objetivos e das metas da concessão;
 - d) conforto: a manutenção nas pistas de rolamento, de sinalização, de informações, de comunicações e de cobrança de pedágio em níveis que assegurem a comodidade dos usuários conforme definido no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO;
 - e) segurança: a operação, nos níveis exigidos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO SISTEMA RODOVIA DO SOL, dos sistemas referidos na letra anterior, de modo a que sejam mantidos, em níveis satisfatórios, os riscos de acidente, compreendendo, também, os serviços de atendimento de resgate, e de atendimento de primeiros socorros;
 - f) fluidez do tráfego: as boas condições de fluidez do trânsito, alcançadas pelo correto e eficiente gerenciamento dos sistemas referidos na letra "d" acima, propiciando que os usuários alcancem seus destinos de acordo com as suas programações de tempo, sem congestionamentos decorrentes de gerenciamento incorreto ou ineficiente, inclusive nas praças de pedágio e nos postos de pesagem móveis; [grifo nosso]**
 - g) atualidade: modernidade das técnicas, dos equipamentos e das instalações e a sua conservação e manutenção, bem como a melhoria e a expansão do serviço, na medida das necessidades;
 - h) eficiência: a execução das obras e serviços de modo a assegurar, em caráter permanente, a busca da excelência, qualitativa e quantitativa no cumprimento dos objetivos e das metas da concessão;
 - i) generalidade: universalidade da prestação dos serviços conforme previstos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO, isto é, serviços iguais para todos os usuários, sem qualquer discriminação;
 - j) cortesia na prestação dos serviços: tratamento adequado aos usuários;
 - k) modicidade da tarifa: a justa correlação entre os encargos da CONCESSIONARIA e a retribuição dos usuários, expressa no valor das TARIFAS DE PEDÁGIO.
4. A CONCESSIONARIA deve assegurar, durante todo o prazo da concessão, a prestação de serviço adequado, atendidas, integralmente, as condições estabelecidas no item anterior.
5. Para os fins previstos neste CONTRATO fica desde logo estabelecido que a Rodovia ES-60 que compõem o SISTEMA RODOVIA DO SOL poderá operar no máximo 50 (cinquenta) horas por ano com nível de serviço inferior ao "D", conforme definido no "Highway Capacity Manual"; esta definição não se aplica ao tráfego na Ponte Castello de Mendonça (Terceira Ponte).

Handwritten signatures and initials:
B.P. 

0522 

6. Na hipótese de ser atingido o limite estabelecido no item anterior, a concessionária deve submeter ao DER/ES projeto básico para a execução de obras de expansão de capacidade da Rodovia ES-060;
7. As obras de expansão de capacidade aludidas no item anterior devem ser executadas exclusivamente por conta da concessionária, sem qualquer acréscimo tarifário, entendendo-se que as mesmas não se caracterizam como obras novas, para os efeitos da revisão tarifária prevista neste CONTRATO, isto é, tais obras devem ser financiadas pelo acréscimo de tráfego verificado em relação ao tráfego estimado constante da proposta comercial apresentada pela Licitante vencedora na Concorrência Pública da qual decorreu este CONTRATO.
8. Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso da CONCESSIONARIA, quando:
- a) motivada por razões de ordem técnica ou de segurança de pessoas e bens;
 - b) por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.
9. Interrupção da prestação do serviço nos casos aludidos no item anterior não implica em prorrogação do prazo da concessão.

Tal previsão contratual, como dito anteriormente, decorre de uma exigência constante do artigo 175, parágrafo único, inciso IV, da Constituição da República, que assim estabelece:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

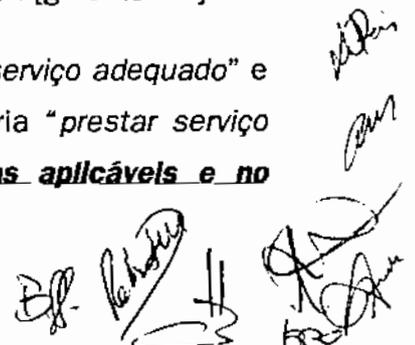
III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado. [grifo nosso]

Regulamentando o referido dispositivo da Carta Magna, a Lei nº. 8.987/1995 (lei geral sobre concessões), em seu artigo 6º, *caput*, exige que **toda concessão** garanta a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, de acordo com os critérios previstos na própria lei, em outras normas pertinentes e no respectivo contrato.

No § 1º, do referido artigo, define serviço adequado como aquele que “**satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas**”. [grifo nosso]

No artigo 7º, inciso I, enumera como direito do usuário “**receber serviço adequado**” e no artigo 31, inciso I, descreve como encargo da concessionária “**prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no**



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10420
Ass: [assinatura]
Mat. 203.161

contrato” [grifo nosso]. O artigo 23, inciso III, por sua vez, estabelece como cláusula essencial do contrato de concessão aquela relativa “**aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço**” [grifo nosso].

A Lei Estadual nº. 5.720/1998, suplementando a Lei nº. 8.987/1995, reitera os termos desta e acrescenta as seguintes definições para a caracterização de serviço adequado, no seu artigo 7º, § 2º:

Art. 7º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

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

§ 2º. Para os efeitos previstos no parágrafo anterior considera-se:

- a) Regularidade: a prestação dos serviços nas condições estabelecidas no contrato de concessão e nas normas técnicas aplicáveis;
- b) Continuidade: a manutenção, em caráter permanente, da oferta dos serviços;
- c) Eficácia: a execução dos serviços de acordo com as normas técnicas aplicáveis e em padrões satisfatórios, que assegurem o cumprimento dos objetivos e das metas da concessão;
- d) Segurança: a prestação de serviços dentro das normas técnicas aplicáveis, de modo que sejam mantidos, em níveis satisfatórios, os riscos de acidentes eventualmente existentes;
- e) Atualidade: a modernidade das técnicas, dos equipamentos e das instalações e a sua conservação e manutenção, bem como a melhoria e a expansão do serviço, na medida das necessidades dos usuários;
- f) Generalidade: a universalidade da prestação de serviços;
- g) Eficiência: a execução dos serviços de modo a assegurar, em caráter permanente, a busca de excelência, qualitativa e quantitativa, no cumprimento dos objetivos e das metas da concessão ou da permissão;
- h) Cortesia na prestação dos serviços: tratamento adequado aos usuários do serviço;
- i) Modicidade da tarifa: a justa correlação entre os encargos e a remuneração da concessionária e a retribuição dos usuários.

De toda a explanação, conclui-se que o ordenamento jurídico vigente rechaça a existência de concessões que não garantam a prestação de **serviço adequado**.

Discorrendo a respeito desse conceito, Marçal Justen Filho destaca o seguinte:

Talvez fosse possível identificar o conceito de adequação do serviço ao de *eficiência*. O serviço será adequado quando for eficiente. O § 1º do art. 6º produz um detalhamento do que se reputa como *eficiência*. Em suma, a eficiência consiste no desempenho concreto das atividades necessárias à prestação das utilidades materiais, de molde a satisfazer necessidades dos usuários, com imposição do menor encargo possível, inclusive do ponto de vista econômico. Eficiência é a aptidão da atividade a satisfazer necessidades, do modo menos oneroso.

Logo, a questão apresenta contornos variáveis conforme as peculiaridades de cada serviço e as necessidades para cuja satisfação é orientado. **Serviço**

[Assinaturas manuscritas]

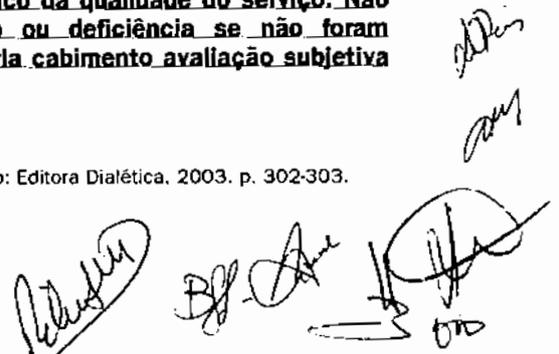
adequado é um conceito indeterminado (determinável, na terminologia de Eros Grau), o que retrata uma específica opção de disciplina jurídica. **O conceito indeterminado configura-se como ausência de regulação jurídica totalmente exaustiva em nível legislativo, mas com a recusa do Ordenamento Jurídico de atribuir a solução dos casos práticos a critérios subjetivos do aplicador do Direito. Sua utilização deriva do reconhecimento da impossibilidade de formular, antecipadamente e no corpo da lei, a solução completa para certas situações, mas acompanhada do intento de vincular o aplicador à observância de certos conceitos cuja determinação dependerá da avaliação concreta das circunstâncias.** Nesses casos, o aplicador do Direito não é livre para adotar a decisão que *melhor lhe parece* e deverá deduzi-la da conjugação entre os princípios jurídicos, a satisfação do interesse público e da concretização do conteúdo dos conceitos indeterminados¹⁰³. [grifo nosso]

Como se depreende da análise do texto, sendo um conceito indeterminado, o serviço adequado dependerá da avaliação concreta das circunstâncias para que seja aplicado. É por conta disso que o artigo 23, inciso III, da Lei nº. 8.987/1995 estabelece como cláusula essencial dos contratos de concessão a previsão de critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço. Não fosse assim, restaria prejudicada a averiguação do cumprimento desse encargo pela concessionária.

Ou seja, de nada adianta a previsão de serviço adequado se não há elementos objetivos para aferir se tal obrigação é, de fato, adimplida pela contratada. Nesse caminho, inúteis são as exigências do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 no sentido de exigir “fluidez do tráfego” (Cláusula XVI, item 3, “f”), se não há como constatar tal fato por meio de parâmetros claros. É o que ensina Marçal Justen Filho:

Adequação é conceito indeterminado, incumbindo ao Estado precisá-lo diante da situação concreta, inclusive para assegurar o controle na prestação do serviço. Dito conceito não retrata opções subjetivas nem avaliações irracionais por parte do Estado ou do usuário. **Devem ser estabelecidos parâmetros objetivos de avaliação da qualidade do serviço, que variarão em função da natureza do serviço e das circunstâncias de sua prestação.** Se for o caso, aplicar-se-ão as regras técnico-científicas apropriadas. Assim, por exemplo, a avaliação do serviço de transporte urbano será efetuada com base na idade média da frota, da relação entre passageiros e número de veículos, da velocidade de cumprimento do percurso etc. **É fundamental a existência de parâmetros objetivos, índices ou outros instrumentos que permitam exame empírico da qualidade do serviço. Não se admitirá imputação de inadequação ou deficiência se não foram estabelecidos critérios objetivos. Nem teria cabimento avaliação subjetiva**

¹⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Editora Dialética, 2003. p. 302-303.



personalíssima, proveniente de usuário ou agente público, acerca da qualidade do serviço. Escolhas dessa ordem são irracionais e retratam processos subconscientes, variáveis de sujeito para sujeito. São imprestáveis para fins jurídicos, a não ser que haja manifestações uniformes de proporções razoáveis, segundo padrões estatísticos e técnico-científico consagrados. [grifo nosso]

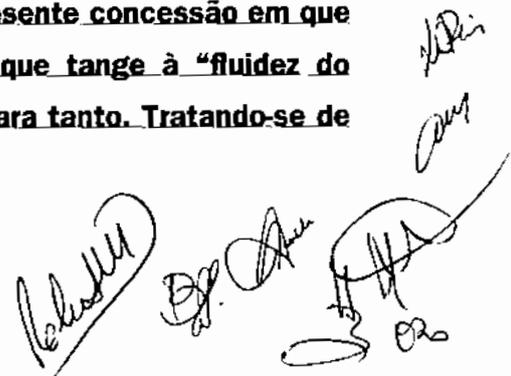
Tais parâmetros podem ser observados para a Rodovia ES-060, quando há previsão de até **50 (cinquenta) horas por ano em limite inferior ao "D"**, conforme definido no "Highway Capacity Manual". Superado esse limite, a concessionária se obriga à realização de obras de expansão, sem acréscimo tarifário, valendo-se do incremento da receita de pedágio decorrente do aumento do número de veículos utilizando o sistema (Cláusula XVI, item 7).

Não obstante, como observado anteriormente, esses indicadores não foram adotados para a Terceira Ponte, por força de expressa determinação contratual, na Cláusula XVI, item 5, o que representa um contrassenso em relação ao exposto. A uma, porque não se admite concessão sem a garantia de serviço adequado (artigo 175, parágrafo único, inciso IV, da CF e artigo 6º, caput, da Lei nº. 8.987/1995). A duas, porque não há como aferir a adequação do serviço diante da ausência de critérios objetivos para tanto (artigo 23, inciso III, da Lei nº. 8.987/1995).

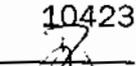
Assim, a situação como está posta revela que a concessão do trecho relativo à Terceira Ponte constitui modelo de exploração em que há contrapartida do usuário, mas não há garantia de serviço adequado no que tange à "fluidez do tráfego", por ausência de elementos objetivos para tal caracterização.

Tal constatação revela um desequilíbrio na correlação entre os encargos da concessionária e a retribuição dos usuários. Isso porque exime a primeira de fazer investimentos para ampliação e melhoria do sistema, mesmo diante do esgotamento de sua capacidade e do recebimento de uma contrapartida para tanto, decorrente do aumento do número de veículos em relação ao estimado na proposta comercial.

Esse cenário induz à conclusão de que há um trecho na presente concessão em que não há como garantir ao usuário serviço adequado, no que tange à "fluidez do tráfego", por ausência de critérios objetivos no contrato para tanto. Tratando-se de exploração de rodovia, é algo inaceitável.



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10423
Ass: 
Mat/203.161

Isso significa que, nas condições em que o ajuste foi formalizado, assegura-se o interesse privado em detrimento do interesse público e dos usuários, uma verdadeira inversão do princípio da supremacia do interesse público.

Nesses termos, é forçoso reconhecer a **nulidade absoluta** do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, por inobservância do artigo 23, inciso III, da Lei nº. 8.987/1995, que exige a previsão de critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço. Tal vício se deu, como visto, em relação ao trecho referente à Ponte Darcy Castello de Mendonça, que não apresenta elementos objetivos para qualificar a prestação de serviço adequado no que tange à fluidez do tráfego (Cláusula XVI, item 3, "f").

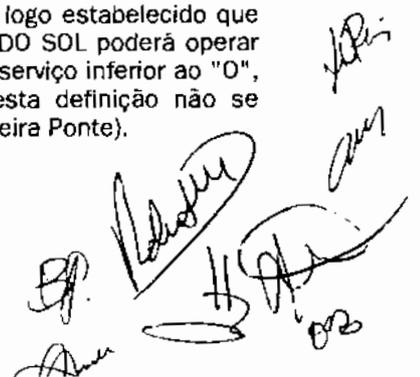
Por outro lado, a exigência de serviço adequado, conforme previsão constitucional, infraconstitucional e contratual, induz ao questionamento sobre a obrigação da contratada de realização, a suas expensas, de obras de ampliação do sistema submetido à concessão.

A princípio, trata-se de consectário lógico, uma vez que só é possível aos usuários alcançarem seus destinos de acordo com as suas programações de tempo, sem congestionamentos, se as vias em questão apresentarem condições apropriadas para o escoamento do tráfego.

Dessa forma, na medida em que ocorra a saturação de tais vias, é razoável inferir-se que a responsável por explorar o sistema deverá realizar intervenções capazes de garantir o nível de serviço originalmente pactuado. E tal deve ocorrer a custas da concessionária, com os recursos provenientes do acréscimo de veículos. É o risco do negócio, próprio das concessões.

De fato, assim previu a Cláusula XVI, itens 5, 6 e 7, do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998:

5. Para os fins previstos neste CONTRATO fica desde logo estabelecido que a Rodovia ES-60 que compõem o SISTEMA RODOVIA DO SOL poderá operar no máximo 50 (cinquenta) horas por ano com nível de serviço inferior ao "0", conforme definido no "Highway Capacity Manual"; esta definição não se aplica ao tráfego na Ponte Castello de Mendonça (Terceira Ponte).



6. Na hipótese de ser atingido o limite estabelecido no item anterior, a concessionária deve submeter ao DER/ES projeto básico para a execução de obras de expansão de capacidade da Rodovia ES-060;
7. As obras de expansão de capacidade aludidas no item anterior **devem ser executadas exclusivamente por conta da concessionária, sem qualquer acréscimo tarifário**, entendendo-se que as mesmas não se caracterizam como obras novas, para os efeitos da revisão tarifária prevista neste CONTRATO, isto é, **tais obras devem ser financiadas pelo acréscimo de tráfego verificado em relação ao tráfego estimado constante da proposta comercial** apresentada pela Licitante vencedora na Concorrência Pública da qual decorreu este CONTRATO. [grifo nosso]

Não obstante, conforme mencionado anteriormente, o item 5 supracitado excluiu a Terceira Ponte da observância de critérios objetivos para a caracterização do serviço adequado, no que tange à fluidez do tráfego. Ainda que tal tenha ocorrido de forma indevida, houve repercussões significativas para a presente contratação.

A primeira delas decorre da conclusão do tópico anterior: a inexistência de parâmetros objetivos no contrato no referido trecho impede a aferição da adequação do serviço. Se assim o é, também não há como exigir da concessionária, a suas expensas, a realização de obras de ampliação.

A segunda diz respeito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A proposta comercial elaborada pela licitante vencedora à época, por força de previsão editalícia, não contemplou a possibilidade de realização de obras de ampliação do trecho envolvendo a Terceira Ponte.

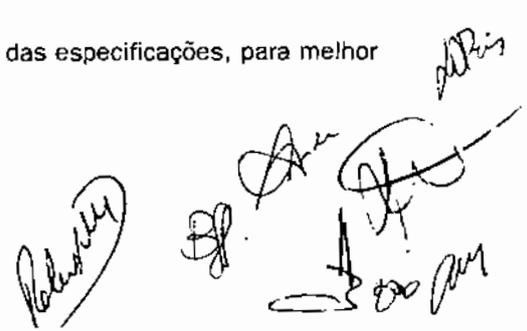
Ora, não havendo evidências de que a concessionária tenha concorrido para tanto, é contrário aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé exigir que ela suporte os ônus de tais medidas, sem que haja o correspondente aporte de recursos por parte do Poder Público ou do usuário (mediante pedágio).

Trata-se de verdadeira alteração do contrato, ensejando o restabelecimento da equação econômico-financeira originalmente pactuada, conforme artigo 65, inciso II, alínea d, da Lei nº. 8.666/1993:

Art. 65 Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;



b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo das partes:

a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. [grifo nosso]

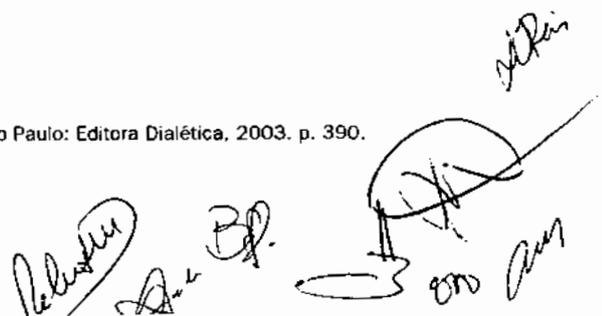
Como se depreende da análise do dispositivo, a superveniência de fatos não previstos originalmente no contrato desequilibra a relação estabelecida entre as partes, ensejando correção. É o que ensina Marçal Justen Filho:

Reconhece-se que a equação econômico-financeira é intangível, na acepção de que, uma vez aperfeiçoada, não pode ser infringida. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro consiste na impossibilidade de alterar apenas um dos ângulos da equação. Não é possível alterar, quantitativa ou qualitativamente, apenas o âmbito dos encargos ou tão-somente o ângulo das retribuições. **Se forem adicionados encargos, rompe-se o equilíbrio, a não ser que também se ampliem as retribuições.** Idêntico raciocínio aplica-se em caso de redução dos encargos, o que acarretará a necessidade de redução das retribuições¹⁰⁴. [grifo nosso]

Dessa forma, exigir da Concessionária encargos não previstos no Programa de Exploração romperia com o equilíbrio inicialmente pactuado, exigindo-se a ampliação das retribuições, por meio de contrapartida do Poder Público ou dos usuários, a fim de restabelecê-lo.

Ante o exposto, conclui-se que a concessionária **não está obrigada a realizar obras de ampliação, a suas expensas, do trecho referente à Terceira Ponte.** Caso o interesse público justifique tais medidas, é necessária a contrapartida

¹⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público.** São Paulo: Editora Dialética, 2003. p. 390.



correspondente por parte do Poder Público ou dos usuários (mediante pedágio), a fim de manter a equação econômico-financeira originalmente pactuada.

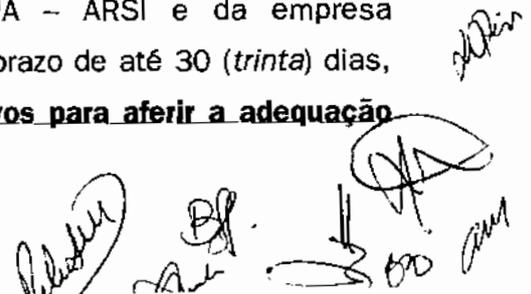
Cumprе salientar, por oportuno, que a conduta omissiva do então Secretário de Transportes e Obras Públicas, que acumulava ainda as funções de Diretor-Geral do DER/ES e de Presidente da Comissão de Licitação Especial, engenheiro Jorge Hélio Leal, consistente na não inserção no contrato de cláusula que lhe era essencial, resultou no descumprimento do art. 23, III, da Lei n. 8.987/1995, constituindo também irregularidade passível de multa.

Todavia, o comportamento negligente que resultou na irregularidade apontada concretizou-se em 1998, portanto, há mais de 15 (*quinze*) anos. Logo, considerando o disposto no artigo 71 da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, não tendo ocorrido nenhuma das causas de interrupção ou suspensão da prescrição, previstas nos §§ 3º e 4º do artigo citado, conforme analisado na Seção 2.1 deste Capítulo 2, a partir das fls. 10355 deste Processo TC 5591/2013, a pretensão punitiva do Tribunal de Contas do Estado, quanto a este ato, prescreveu.

Pelo exposto, com relação ao achado aqui relatado, a Equipe de Auditoria propõe ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCEES os seguintes encaminhamentos:

1. Com fundamento no artigo 71, *caput* e § 1º, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e no artigo 373, *caput* e § 1º, do Regimento Interno do TCEES, **decretar**, após manifestação escrita do Ministério Público junto ao Tribunal, **a prescrição da pretensão punitiva do TCEES**, em relação ao engenheiro JORGE HÉLIO LEAL, ex-Diretor-Geral do DER/ES, **quanto à inexistência de critérios objetivos para aferir a adequação do serviço prestado, no que tange à fluidez do tráfego de veículos na Ponte Darcy Castello de Mendonça;**

2. Com fundamento no artigo 207, inciso II, do Regimento Interno do TCEES, tendo em vista o **princípio do contraditório**, determinar a oitiva da AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO BÁSICO E INFRAESTRUTURA VIÁRIA – ARSI e da empresa CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A., para que, no prazo de até 30 (*trinta*) dias, **manifestem-se sobre a inexistência de critérios objetivos para aferir a adequação**



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
1ª Secretaria de Controle Externo

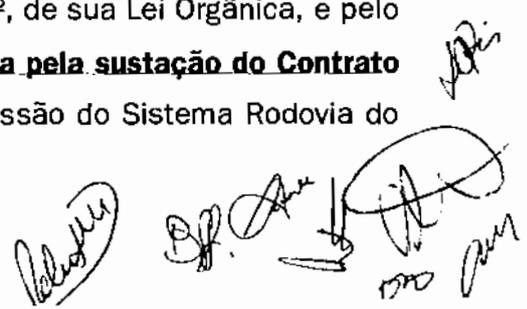
PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10427
Ass: 
Mat. 203.161

do serviço prestado, no que tange à fluidez do tráfego de veículos na Ponte Darcy Castello de Mendonça (inclusive sobre a nulidade decorrente e a possibilidade do TCEES acolher as propostas de encaminhamento seguintes), uma vez que pode resultar em decisão do Tribunal no sentido de desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato em seu desfavor;

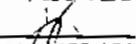
3. Caso os esclarecimentos apresentados não elidam os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.6, tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 111, *caput* e § 1º, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do Regimento Interno do TCEES, assinar prazo de até 30 (*trinta*) dias para que **a ARSI tome as medidas necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998** (Concessão do Sistema Rodovia do Sol);

4. Caso a ARSI não atenda à determinação deste Tribunal no prazo assinado, com fundamento no artigo 135, inciso IV, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e no artigo 208, § 2º c/c § 1º, inciso III, c/c o artigo 389, inciso IV, ambos de seu Regimento Interno, **aplicar ao responsável pela ARSI multa no valor compreendido entre R\$ 3.000,00 (três mil reais) e R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) e, concomitantemente**, tendo em vista o disposto no § 1º do artigo 71, da Constituição Estadual, e no artigo 1º, inciso XVIII, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 111, § 2º, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208, § 2º, do Regimento Interno do TCEES, **requerer à Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo – ALES a sustação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998** (Concessão do Sistema Rodovia do Sol);

5. Caso a ALES, no prazo de 90 (*noventa*) dias, não suste a execução do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, § 2º, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XIX, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 111, § 3º, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208, § 3º, do Regimento Interno do TCEES, **decida pela sustação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998** (Concessão do Sistema Rodovia do



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10428
Ass: 
Mat. 203.161

Sol). Assim decidindo, com fundamento no § 4º, e seus incisos I e II, do artigo 208, de seu Regimento Interno: **i) determine ao responsável pela ARSI que, no prazo de 15 (quinze) dias, adote as medidas necessárias ao cumprimento da decisão; e**
ii) comunique o decidido à ALES e ao Governador do Estado do Espírito Santo;

6. Caso os esclarecimentos apresentados não elidam os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.6, mas o Tribunal (apesar deste e dos demais achados narrados neste Relatório de Auditoria) não determine que a ARSI tome as medidas necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 114, inciso III, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do Regimento Interno do TCEES, assinar prazo de até 180 (*cento e oitenta*) dias para que **a ARSI tome as medidas necessárias à alteração do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), com o objetivo de inserir critérios objetivos para aferir a adequação do serviço prestado, no que tange à fluidez do tráfego de veículos na Ponte Darcy Castello de Mendonça, promovendo, por outro lado, a inclusão no Quadro 5 de cronograma dos investimentos a serem realizados na Terceira Ponte (e/ou em seus arredores) que sejam tecnicamente necessários ao cumprimento de tal condição, com o necessário reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato.**

2.7 Expedição ilegal de licença ambiental prévia [QA08]

A Lei nº. 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, em seu artigo 10, estabeleceu a necessidade de **prévio licenciamento** para a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de **causar degradação ambiental.**

