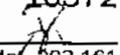


Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo  
1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013  
Fls. 10372  
Ass:   
Mat. 203.161

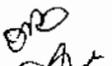
**necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998**  
(Concessão do Sistema Rodovia do Sol);

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 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.**

### **2.3 Inclusão, como obrigação da concessionária, do pagamento de dívida do Estado [QA03]**

De início, convém reprimir o item 232 do Edital de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, integrante do Capítulo IX (Da celebração do contrato de concessão), Seção II (Das exigências para a celebração do contrato de concessão):

SUBSEÇÃO IV

Da Verba para Rescisão do Contrato de Concessão celebrado entre o Estado do Espírito Santo e a Companhia de Desenvolvimento de Projetos Especiais CODESPE

232. Até 5 (cinco) dias úteis, antes da data fixada para a celebração do contrato de concessão, a Licitante vencedora deve comprovar, perante o Diretor-Geral do DER, ter efetivado o pagamento, em moeda corrente nacional, à empresa OPERAÇÃO DE RODOVIAS LTDA. - ORL, sociedade por quotas de responsabilidade limitada, operadora da Ponte Castello de Mendonça (Terceira Ponte), com sede na Praça do Pedágio da Terceira Ponte, s/nº, na Cidade de Vitória (ES), inscrita no CGC/MF sob o nº 32.416.679/0001-90, da importância de R\$ 11.500.000,00 (onze milhões e quinhentos mil reais), correspondente ao saldo devedor da dívida contraída pela mesma nos termos do "TERMO ADITIVO Nº 34 AO CDNTRATO ASSINADO EM 10 DE AGOSTO DE 1978, PARA A CONSTRUÇÃO DA TERCEIRA PONTE, CELEBRADO ENTRE A COMPANHIA DE EXPLORAÇÃO DA TERCEIRA PONTE - CETERPO E A USIMINAS MECÂNICA S/A, COM A INTERVENIÊNCIA DA OPERAÇÕES DE RODOVIAS LTDA. - ORL", celebrado em 4 de agosto de 1989, e do "TERMO DE ADITAMENTO AO CONTRATO CELEBRADO EM 10 DE AGOSTO DE 1978 E CEDIDO PARCIALMENTE EM 18 DE AGOSTO DE 1989, FIRMADO ENTRE A COMPANHIA DE EXPLORAÇÃO DA TERCEIRA PONTE - CETERPO E OPERAÇÕES DE RODOVIAS LTDA. - ORL", celebrado em 22 de dezembro de 1992<sup>60</sup>.

Como foi apresentado na Seção 1.1 deste Relatório de Auditoria – Visão geral do objeto, antes de compor o Sistema Rodovia do Sol, a Terceira Ponte já era objeto de concessão firmada entre o Estado do Espírito Santo e a CODESPE (ex-CETERPO), com data inicial em 19 de abril de 1984. Conforme também foi dito, tal concessão findou-se em 20 de janeiro de 1997, quando o Governo Estadual encampou o serviço, por intermédio do Decreto Estadual nº. 6.919-E/1997, que dispôs sobre a concessão dos serviços relativos ao Sistema Rodovia do Sol (ES-060) e deu outras providências. Em seu artigo 4º, o aludido decreto assim determinou:

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

§ 1º. O pagamento de indenização, necessário à imissão pelo Estado na posse dos bens vinculados ao serviço encampado, será realizado na data da assinatura do Contrato de Concessão do processo licitatório, ora autorizado<sup>61</sup>.

Com efeito, a encampação é uma das formas de extinção da concessão, sendo conceituada como a retomada do serviço pelo poder concedente, ainda durante o

<sup>60</sup> Processo TC 5591/2013. fls. 938-939.

<sup>61</sup> Processo TC 5591/2013. fls. 2215-2216.



prazo da concessão, por motivo de interesse público, nos termos dos artigos 35, inciso II, e 37, ambos da Lei nº. 8.987/1995:

Art. 35. Extingue-se a concessão por:

[...]

II - encampação;

[...]

Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.

No caso concreto, o propósito da encampação foi a inclusão da Terceira Ponte na nova concessão pretendida, o chamado Sistema Rodovia do Sol. E como consequência da medida, a empresa Operação de Rodovias Ltda. – ORL passou a ser credora do Estado, em razão do saldo devedor da dívida por ela contraída para construção da Terceira Ponte. Vale lembrar que a ORL atuou como interveniente no contrato para a construção da Terceira Ponte, celebrado entre a CODESPE (ex-CETERPO) e a Usiminas Mecânica S.A.

Por oportunidade da realização da concessão do Sistema Rodovia do Sol, o Governo Estadual resolveu transferir para o licitante vencedor do certame a obrigação de quitar a dívida com a ORL, estipulando no Edital de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 que a celebração do contrato estava condicionada ao pagamento do saldo devedor, diretamente à ORL, conforme se vê da redação do aludido item 232.

Ocorre que a inclusão de tal condicionante no edital da licitação se contrapõe ao comando do artigo 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº. 8.666/1993, posto que configura circunstância impertinente para o específico objeto do contrato, além de ter restringido o caráter competitivo do certame. Vejamos o dispositivo:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º. É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante



para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

Como é cediço, a Lei nº. 8.666/1993 aplica-se às concessões de serviço público, nos termos dos artigos 14 e 18 da Lei nº. 8.987/1995, abaixo transcritos:

Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de **prévia licitação, nos termos da legislação própria** e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

[...]

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

Voltando ao artigo 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº. 8.666/1993, trazemos à colação inigualável lição de Marçal Justen Filho que bem ilustra a importância do dispositivo:

#### 1) Relevância do Dispositivo

Esse artigo apresenta excepcional relevância, devendo-se reconhecer a ele um destaque superior aos demais dispositivos da Lei. O art. 3º consagra os princípios norteadores da licitação.

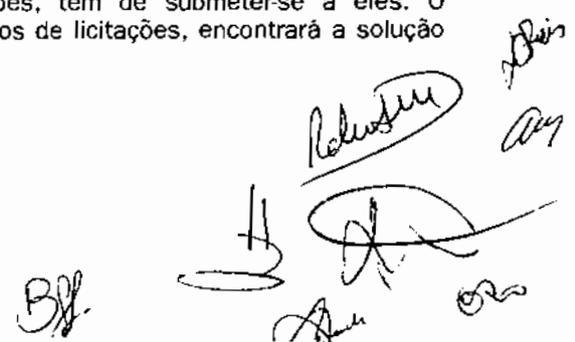
O conceito de princípio foi exaustivamente examinado por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, quando afirmou que é “o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”. Deve lembrar-se que a relevância do princípio não reside na sua natureza estrutural, mas nas suas aptidões funcionais. Vale dizer, o princípio é relevante porque impregna todo o sistema, impondo ao conjunto de normas certas diretrizes axiológicas. O princípio é importante não exatamente por ser a “origem” das demais normas, mas porque todas elas serão interpretadas e aplicadas à luz dele. Quando se identifica o princípio fundamental do ordenamento jurídico, isola-se o sentido que possuem todas as normas dele integrantes.

[...]

O art. 3º sintetiza o conteúdo da Lei, no âmbito da licitação. Os dispositivos restantes, acerca de licitação, desdobram os princípios do art. 3º, que funciona como norteador do trabalho hermenêutico e de aplicação da Lei das licitações. Nenhuma solução, em caso algum, será sustentável quando colidente com o art. 3º. Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou a opção a preferir, o intérprete deverá recorrer a esse dispositivo. Dentre diversas soluções possíveis, deverão ser rejeitadas as incompatíveis com os princípios do art. 3º. Se existir mais de uma solução compatível com ditos princípios, deverá prevalecer aquela que esteja mais de acordo com eles ou que os concretize de modo mais intenso e amplo. Essa diretriz deve nortear a atividade tanto do administrador quanto do próprio Poder Judiciário. O administrador, no curso das licitações, tem de submeter-se a eles. O julgador, ao apreciar conflitos derivados de licitações, encontrará a solução através desses princípios.

[...]

#### 20) Prejuízo ao Caráter Competitivo



No inc. I, arrolam-se os casos em que as condições impostas pelo ato convocatório distorcem o procedimento licitatório. O ato convocatório, ao estabelecer tais requisitos, já predetermina o(s) provável(eis) vencedor(es). O disposto não significa, porém, vedação a cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. **Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada**, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse coletivo, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. **A invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação.** Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, inc. XXI, da CF ("... o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações"). A incompatibilidade poderá derivar de a restrição ser excessiva ou desproporcionada às necessidades da Administração. Poderá, também, decorrer da inadequação entre a exigência e as necessidades da Administração.

O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir. **Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter "competitivo" da Licitação.**

Assegura-se tratamento igualitário aos interessados que apresentem condições necessárias para contratar com a Administração. A vitória de um deles dependerá de seus próprios méritos. **A regra não exige que o benefício indevido seja derivado de uma intenção reprovável. Ou seja, não é necessário sequer a intenção de beneficiar um ou mais competidores.**

Lembre-se que a lei autoriza contratação direta, quando a competição for inviável (art. 25). Quando for impossível disputa entre os particulares, a Administração estará autorizada a contratar diretamente o único que estiver em condições de atender ao interesse coletivo. **A lei reprime a redução da competitividade do certame derivada de exigências desnecessárias ou abusivas**<sup>62</sup>. [grifo nosso]

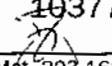
Considerando o caso concreto, tem-se que o pagamento à ORL era obrigação derivada de situação jurídica estranha à nova concessão que se pretendia licitar. Neste contexto, e tendo em vista os ensinamentos do Mestre Marçal, vislumbra-se que a inclusão da condicionante do item 232 no Edital de Concessão de serviços Públicos nº. 1/1998 mostrou-se equivocada, já que o seu propósito não foi o de selecionar a proposta mais vantajosa no âmbito da concessão.

Em verdade, tal fato acabou por configurar, sob o enfoque do específico objeto do contrato (recuperação, melhoramento, manutenção, conservação, operação e

<sup>62</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 41-42; 62-63.

[assinaturas]

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

PROC. TC Nº 5591/2013  
Fls. 10377  
Ass:   
Mat. 203.161

exploração do Sistema Rodovia do Sol<sup>63</sup>), circunstância impertinente, sendo totalmente inadequada e, inclusive, prejudicial ao caráter competitivo do certame. Com efeito, a exigência de desembolso de quantia considerável (R\$ 11.500.000,00, a preços de 1998, ou seja, 8,5% do VPL no período zero), como condicionante para a celebração do contrato, e tendo como finalidade a quitação de dívida pertencente ao Estado, em nada contribuiu para a ampliação da competição.

Ou seja, a exigência em questão deve ser entendida como limitadora da participação de potenciais interessados capazes de bem executar o contrato de concessão, mas que, eventualmente, não tinham condições de desembolsar, de imediato, os R\$ 11.500.000,00 (*onze milhões e quinhentos mil reais*), antes da assinatura do contrato. Há que se ressaltar que o propósito principal da licitação era (ou deveria ser) a seleção da melhor proposta para a concessão do Sistema Rodovia do Sol e não a liquidação da dívida do Estado com a ORL. Portanto, descabida a inclusão de condição impertinente para o específico objeto do contrato e que acabou por dificultar a ampla participação de potenciais interessados.

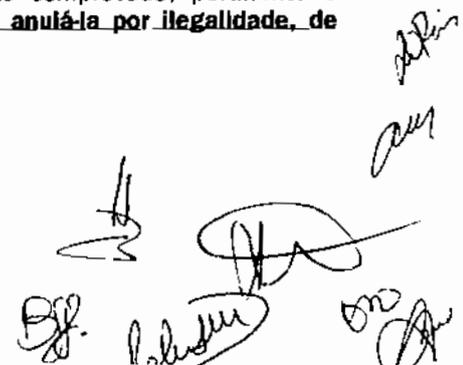
Por sinal, a restrição da competitividade se confirmou no caso concreto. Embora 18 (*dezoito*) empresas tenham realizado a visita técnica coletiva<sup>64</sup>, apenas duas seguiram interessadas e participaram até o final do certame (Servix Engenharia S.A. e Construtora Castilho de Porto Alegre S.A.), com conseqüente prejuízo para a seleção da proposta mais vantajosa.

Sendo o caráter competitivo um dos princípios norteadores da licitação, a irregularidade que implica em sua restrição deve ser tida como grave, capaz de colocar em xeque a lisura do certame, podendo acarretar, como conseqüência, a anulação da licitação e do respectivo contrato. A propósito, merece destaque o artigo 49, *caput* e §§ 1º ao 4º, da Lei nº. 8.666/1993, com a seguinte redação:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, **devendo anulá-la por ilegalidade, de**

<sup>63</sup> Processo TC 5591/2013. fls. 1327.

<sup>64</sup> Processo TC 5591/2013. fls. 1015-1016.



**ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.**

§ 1º. A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 2º. **A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato**, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 3º. No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º. O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação. [grifo nosso]

Note que, de acordo com o comando legal, na hipótese de ilegalidade, a licitação deve ser anulada pela Administração (poder de autotutela), sendo que a nulidade do procedimento licitatório induz à do respectivo contrato, assegurado o contraditório e a ampla defesa, bem como a indenização a que fizer jus o contratado, se for o caso. A propósito do tema, trazemos à colação outra esclarecedora lição de Marçal Justen Filho, em comentário ao aludido dispositivo legal:

**9) Os vícios do ato convocatório**

A temática da invalidade de atos administrativos pode ser examinada relativamente a diversas categorias de atos. No entanto, cabe especial atenção aos defeitos do instrumento convocatório. A elaboração do edital subordina-se a regras vinculantes previstas em lei, a que se soma o exercício de escolhas discricionárias para a Administração Pública.

O cotejo entre o edital e o direito pode conduzir à conclusão de existência de vício tanto no tocante ao exercício de competência vinculada como de competência discricionária. Quanto a isso, aplicam-se os princípios norteadores da atividade administrativa e largamente conhecidos na doutrina e na jurisprudência. Como acima se disse, o edital configura-se como ato administrativo – e, como tal, sujeita-se às regras correspondentes, como qualquer ato administrativo. Interessa o edital enquanto submetido às regras específicas relativas às licitações.

Cabe à Administração Pública a definição do contrato a ser realizado em todas as suas circunstâncias (objeto, prazos, sanções, etc.), assim como a estruturação do procedimento licitatório (local de realização, fases, julgamento, etc.). Nesses campos, **a Administração deverá efetivar as escolhas mais conformes com a consecução das funções a ela atribuídas. Para fins específicos de controle, o edital poderá ser viciado tanto por omissão de elementos necessários indispensáveis como por inclusão de regras desnecessárias e inadequadas.**

[...]

O edital também pode ser viciado por defeitos na disciplina adotada. Isso se verificará quando inexistir vínculo entre as exigências ou as opções contidas no edital e o interesse coletivo ou supra-individual concretamente identificável na hipótese. Isso se passa, fundamentalmente, nos casos de: a) exigência incompatível com o sistema jurídico; b) desnecessidade da exigência; c) inadequação da opção exercitada no ato convocatório relativamente ao objeto da licitação.

O edital deverá subordinar-se aos preceitos constitucionais e legais. Não poderá conter proibições ou exigências que eliminem o exercício do direito de licitar, importem distinções indevidas ou acarretem preferências arbitrárias. Toda exigência formal ou material prevista no edital tem função instrumental. Nenhuma exigência se justifica por si própria. O requisito



previsto no edital se identifica como instrumento de assegurar (ou reduzir o risco de não se obter) as funções atribuídas ao Estado. Assim, o "interesse público" concreto a que se orienta a licitação se identifica como o "fim" a ser atingido. Todas as exigências se caracterizam como "meios" de conseguir aquele fim. Logo, a inexistência de vínculo lógico entre a exigência e o fim acarreta a invalidade daquela. Somente se admite a previsão de exigência se ela for qualificável, em um juízo lógico, como necessária à consecução do "fim".

[...]

**Outra espécie de vício ocorrerá quando as regras previstas no edital não tiverem pertinência com o objeto a ser contratado ou com a finalidade concreta buscada pela Administração. Isso se verifica quando as regras forem inadequadas à mensuração da idoneidade do contratante ou à seleção da melhor proposta para a contratação desejada. Esses defeitos afetam o interesse sob tutela do Estado. Portanto, é incabível sua sanção pela omissão dos particulares.**

Por outro lado, os vícios formais encontrados nos editais que não causem prejuízos aos particulares nem ao interesse público podem ser plenamente reparados pela Administração.

[...]

#### **11) Responsabilidade civil do Estado na anulação**

Com as ressalvas indicadas na avaliação acima realizada, a propósito da aplicação do princípio da proporcionalidade, não existe direito adquirido oponível à Administração Pública quando ocorrer nulidade. Aquele que poderia extrair alguma vantagem da situação deverá conformar-se com o desfazimento decorrente da nulidade. Isso não significa, porém, a liberação de quaisquer responsabilidades da Administração Pública. O reconhecimento da nulidade impõe como dever o desfazimento de todos os atos; isso não significa a ausência de responsabilização por perdas e danos produzidas pela conduta dos agentes da Administração Pública. O particular não pode exigir a manutenção do ato nulo ou o respeito a seus efeitos. Mas pode pleitear que a Administração responda pelos efeitos nocivos da conduta viciada. A prática de atos viciados produz a responsabilidade civil do Estado.

[...] A Administração Pública tem o dever de obedecer à Lei e verificar a presença dos pressupostos de validade dos atos que pratica. Praticar ato viciado, no curso de uma licitação, caracteriza-se como uma ilicitude, para fins jurídicos. Anulado o ato administrativo (porque a Administração atuou mal), configuram-se os pressupostos da responsabilização civil do Estado. A ação (ou omissão) do Estado terá sido a causa de prejuízo ao patrimônio de particulares. Por isso, sempre que o Estado der margem ao desfazimento de atos jurídicos, deverá indenizar os lesados pelas perdas e danos correspondentes. [...] Anulada a licitação, total ou parcialmente, a Administração está obrigada a indenizar as perdas e danos sofridos pelos interessados – assim entendidos aqueles que participaram dos atos posteriormente invalidados.

[...]

Deve-se apurar a relação de causalidade entre o ato estatal viciado e o dano sofrido pelo particular. Se o dano derivou exclusivamente da conduta do particular, a Administração Pública não será por ele responsabilizável. [...]

São indenizáveis os danos emergentes e os lucros cessantes. Quanto a isso, aplicam-se os princípios já desenvolvidos no direito comum. Exige-se a indenização ampla e completa – o que não significa, evidentemente, provocar enriquecimento ao interessado.

[...]

#### **13) Desfazimento do contrato por vício na licitação**

Há vínculo lógico-jurídico entre a licitação e o contrato. Portanto, a tardia revelação do vício da licitação produz reflexos sobre o contrato já firmado. **A proclamação do vício em momento posterior à assinatura do contrato não impede o desfazimento deste último. Anulada a licitação, a consequência**









lógica será a anulação do contrato. Mas não se pode ignorar a impossibilidade de transferir para o particular efeitos danosos derivados da invalidação. A consagração de um Estado Democrático de Direito conduz não à eliminação da prática de atos estatais defeituosos: é impossível eliminar o risco de atos viciados. Mas o que se assegura é a responsabilização estatal pelos atos inválidos praticados. Ou seja, se houve nulidade, o Estado não pode promover o desfazimento do ato e a extinção de seus efeitos sem garantir ao particular uma compensação adequada e correspondente. Um dos pilares do Estado Democrático de Direito é a segurança jurídica<sup>65</sup>. [grifo nosso]

O engenheiro Jorge Hélio Leal é o responsável pelo achado apontado, pois, acumulando as funções de Diretor-Geral do DER/ES, Presidente da Comissão Especial de Licitação do DER/ES e Presidente do Conselho Rodoviário Estadual – CRE, teve atuação destacada no processo da concessão do Sistema Rodovia do Sol. Assim, e tendo em vista a constatação da irregularidade em comento, pode-se dizer que ele, no mínimo, falhou ao não zelar pela estrita legalidade do processo licitatório e, também, ao aprovar o certame viciado, o que ocorreu por meio da Resolução nº. 4.822/98<sup>66</sup> do CRE.

Todavia, observe que a irregularidade apontada ocorreu 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

<sup>65</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 654-657; 661.

<sup>66</sup> Processo TC 5591/2013. fls. 1059.

*[Handwritten signatures and initials]*

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

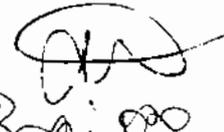
PROC. TC Nº 5591/2013  
Fls. 10381  
Ass:   
Maç/203:161

**prescrição da pretensão punitiva do TCEES, em relação ao engenheiro JORGE HÉLIO LEAL, ex-Diretor-Geral do DER/ES, quanto à ilegalidade da inclusão na concessão do Sistema Rodovia do Sol, como obrigação da empresa vencedora do certame licitatório, do pagamento da dívida do Estado com a empresa Operação de Rodovias Ltda.;**

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 ilegalidade da inclusão na concessão do Sistema Rodovia do Sol, como obrigação da empresa vencedora do certame licitatório, do pagamento da dívida do Estado com a empresa Operação de Rodovias Ltda., posicionando-se sobre seus efeitos danosos à competição (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 2.3, 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


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

PROC. TC Nº 5591/2013  
Fls. 10382  
Ass:   
Max. 203.161

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 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.**

#### **2.4 Inexistência de aprovação do edital pela assessoria jurídica ou pelo controle interno [QA04]**

De início, convém ressaltar o comando do artigo 38, parágrafo único, da Lei nº. 8.666/1993 (Lei de Licitações):

Art. 38. (...)

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente **examinadas e aprovadas** por assessoria jurídica da Administração. [grifo nosso]

No caso do Sistema Rodovia do Sol, a concessão teve sua gênese no ano de 1997 quando veio à tona o Edital de Concorrência Pública SETR CN-001/97<sup>67</sup>, cuja minuta foi encaminhada<sup>68</sup> à Procuradoria Geral do Estado – PGE para os fins previstos no aludido artigo 38, parágrafo único, da Lei de Licitações. O encaminhamento foi

<sup>67</sup> Processo TC 5591/2013. fls. 2569.

<sup>68</sup> Processo TC 5591/2013. fls. 2561.

