


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):

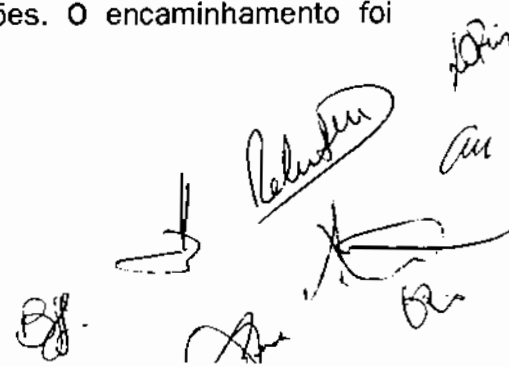
Art. 38. (...)

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.



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

PROC. TC Nº 5591/2013  
Fls. 10383  
Ass:   
Max. 203.161

solicitado pelo então Presidente da Comissão Especial de Licitação, engenheiro Jorge Hélio Leal, e materializado pelo então Secretário de Estado de Transportes e Obras Públicas, senhor Fernando Augusto Barros Bettarello. Na sequência, foi elaborado parecer<sup>69</sup> da lavra do então Procurador Geral do Estado, Dr. José Ricardo de Abreu Júdice.

Vale ressaltar que, em matéria de licitações e contratos no âmbito da Administração Estadual, compete à PGE o assessoramento jurídico, nos termos do artigo 21 da Lei Complementar Estadual nº. 88/1996. Vejamos:

Art. 21. À Subprocuradoria de Consultoria Administrativa compete:

[...]

II - Prestar **assessoramento jurídico** e representar o Estado extrajudicialmente em matérias relativas a:

a) **contratos**, acordos, convênios, ajustes e quaisquer outros instrumentos em que haja um acordo de vontades para formação de vínculo obrigacional, oneroso ou não, de interesse direto ou indireto do Estado do Espírito Santo;

[...]

Parágrafo único. No âmbito da administração direta, autárquica ou fundacional do Estado, **nenhuma licitação** será iniciada e nenhum dos instrumentos referidos no item II deste artigo será assinado sem prévia manifestação favorável da **Procuradoria Geral do Estado**, de acordo e na forma das orientações normativas expedidas, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e criminal do dirigente do respectivo órgão, entidade ou Secretaria de Estado. [grifo nosso]

No parecer sobre o Edital de Concorrência Pública SETR CN-001/97, datado de 22 de maio de 1997, a PGE fez uma série de recomendações, sugerindo o seu aperfeiçoamento. Note-se que houve o exame da minuta, mas não sua aprovação, haja vista a necessidade de correções. Na sequência, a Comissão Especial de Licitação<sup>70</sup> acatou o parecer e implementou as recomendações da PGE, tendo sido elaborada nova "versão" do edital<sup>71</sup>, com data de 10 de junho de 1997. Após este evento, e considerando os documentos que compõem os autos, não identificamos o retorno da nova minuta à PGE para fins de aprovação formal.

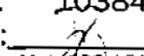
<sup>69</sup> Processo TC 5591/2013. fls. 2814-2815.

<sup>70</sup> Processo TC 5591/2013. fls. 2819.

<sup>71</sup> Processo TC 5591/2013. fls. 3288-3.528.



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

PROC. TC Nº 5591/2013  
Fls. 10384  
Ass:   
Ma/2013:161

Posteriormente, foi publicado no Diário Oficial do Estado, de 8 de julho de 1997, o Decreto Legislativo nº. 1/1997<sup>72</sup>, da Assembleia Legislativa, que sustou o edital em todos os seus efeitos. E ainda no mês de julho de 1997, como apresentado na seção 1.1 – Visão geral do objeto – deste Relatório de Auditoria, fls. 10324, o edital foi analisado também por este Tribunal de Contas, por oportunidade da instauração do Processo TC 3224/1997<sup>73</sup>. Na ocasião, a Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas foi cientificada da existência de irregularidades no edital, mas, seguindo orientação da PGE<sup>74</sup> à época, resolveu dar prosseguimento ao certame, de sorte que não se verificou, de fato, a instalação do contraditório processual. Neste contexto, em 5 de agosto de 1997, o TCEES decidiu sustar<sup>75</sup> a execução do edital.

Por fim, cabe o registro de que a Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas cancelou<sup>76</sup> o Edital de Concorrência Pública SETR CN-001/97, em agosto de 1998.

Em setembro de 1998, o processo de concessão foi retomado, vindo à tona o Edital de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998<sup>77</sup>. Surgiu, então, a necessidade de se comparar o novo edital com o anterior, sobretudo no tocante à repetição (ou não) das irregularidades apontadas pelo TCEES quando da análise do Edital de Concorrência Pública SETR CN-001/97. Neste contexto, vale destacar que, em 2003, a então Auditoria Geral do Estado (hoje SECONT) realizou tal tarefa, quando auditou o processo de concessão do Sistema Rodovia do Sol, tendo produzido o Relatório de Auditoria nº. 1/2003. No item 3.3 do aludido relatório há o seguinte registro:

O **Edital de Concorrência SETR CN 001/97** foi confeccionado com base na Lei Estadual nº 5.276 de 08/10/96, conforme estabelecido em seu preâmbulo.

Após a sua publicação, que ocorreu em 10 de junho de 1997, **foram apontadas pelo Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo várias irregularidades** que contrariavam a Legislação que regulamentava a matéria.  
[...]

<sup>72</sup> Processo TC 5591/2013. fls. 2842.

<sup>73</sup> Processo TC 5591/2013. fls. 2877-2902.

<sup>74</sup> Processo TC 5591/2013. fls. 3004-3005.

<sup>75</sup> Processo TC 5591/2013. fls. 2997-3001.

<sup>76</sup> Processo TC 5591/2013. fls. 3539; 3.544.

<sup>77</sup> Processo TC 5591/2013. fls. 878-949.



Handwritten signatures and initials, including a large signature that appears to be 'Relatório' and other initials like 'AP', 'AM', 'BJ', and 'bno'.

Dentre as irregularidades apontadas pelo Tribunal de Contas, constam:

**1) Elementos de subjetividade no critério de julgamento da proposta técnica.** – O item 14.8 do Edital previa que a avaliação seria realizada mediante a atribuição, pela Comissão de Licitação, de notas para cada um dos sub-agrupamentos previstos na tabela constante do mesmo edital, sem que estabelecesse critérios objetivos para a atribuição de cada uma das notas, o que contraria frontalmente os artigos 40, VII e 44, parágrafo 1º da Lei 8.666/93;

**2) Desrespeito às etapas de concorrência:** Uma vez que o Edital previa no item 17.1 a abertura concomitante dos envelopes "A" e "B", em sessão pública na mesma data, hora e local;

**3) Inexistência de Projeto Básico,** infringindo o artigo 6º inciso IX da Lei 8.666/93.

**As irregularidades descritas em 1 e 2 foram sanadas no Edital 01/98,** especialmente quanto à definição objetiva e detalhada dos critérios de julgamento da documentação de habilitação (descritos no Capítulo IV, Seção VI do novo edital - 98), do exame e julgamento das propostas de metodologia e execução (Capítulo V, Seção 11), exame e julgamento dos atestados de exeqüibilidade do empreendimento e de adequabilidade e viabilidade do programa de seguros e das declarações de experiência (Capítulo VI, Seção IV) e finalmente o critério do julgamento da proposta comercial (Capítulo VII, Seção IV).

**Em relação à Minuta do Contrato de Concessão integrante do edital 001/97, foram levantadas, no mesmo parecer do Tribunal de Contas algumas irregularidades,** a saber:

**1 - Cláusula determinando a obrigatoriedade de indenização à Concessionária pelos investimentos realizados ao longo do período de concessão, além de eventuais outras indenizações cabíveis nos termos do contrato, dos documentos integrantes e do art. 79 da Lei nº 8.666/93.** Tal cláusula afrontava o art. 36 da Lei nº 8.987/95, que diz que a reversão do termo do advento contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido;

**2 - Previsão de indenização à Concessionária, pela parcela não realizada de receita, no caso do Poder Concedente não autorizar a cobrança da tarifa de pedágio resultante da aplicação dos critérios de reajustamento, portanto em consequência de não adoção total ou parcial da tarifa reajustada.** Da forma como foi previsto, este repasse de receita poderia ser caracterizado como subsídio, elemento que onera o Poder Concedente e vai de encontro à própria natureza jurídica da concessão, que é a prestação de serviço público precedida da execução de obra pública e explorado mediante cobrança de tarifa, portanto remunerada pelo usuário do serviço.

**3 - Possibilidade de alteração do prazo do contrato para recompor o equilíbrio econômico-financeiro.** Item considerado irregular, posto que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato deve ser mantido mediante alteração do valor da tarifa, ou dos itens determinados no contrato, e não da alteração do prazo contratual, uma vez que a própria Lei 8.987/95 determina que a concessão de serviço público, precedida da execução de obra pública será por prazo determinado (art. 2º, III), sendo o mesmo texto reproduzido na Lei Estadual nº 5.720/98, art. 2º, IV.

**4 - Não exigência de garantia, por parte da Concessionária, de investimentos destinados à preservação do meio ambiente.**

**Tais irregularidades foram parcialmente excluídas do Contrato de Concessão nº 01/98,** da seguinte forma:

**Item 1 - A cláusula XXVIII, inciso oito, do contrato definitivo teve a seguinte redação:**

**"No caso de encampação, a reversão dos bens será imediata e far-se-á:**



"I - com a prévia indenização das parcelas dos investimentos realizados, devidamente atualizados monetariamente, inclusive em obras de manutenção, bens e instalações ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados para o cumprimento deste CONTRATO, deduzidos os ônus financeiros remanescentes."

Demais disso, a cláusula XXXII, que trata da reversão dos bens que integram a concessão, estabelece no inciso nº 2 que a Concessionária se obriga a entregar os bens reversíveis em perfeitas condições de operacionalidade, utilização e manutenção, sem prejuízo do normal desgaste resultante de seu uso, e livres de ônus ou encargos, de que tipo for.

De outro lado, o item 3 da prefalada cláusula manteve a determinação de que a reversão dos bens na extinção da concessão far-se-á com o pagamento, pelo DER/ES, das parcelas dos investimentos vinculados aos bens adquiridos pela Concessionária, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com a prévia aprovação do DER/ES, com objetivo de garantir a continuidade e atualidade da concessão. Contudo, verificamos que o dispositivo está em consonância com a determinação contida no art. 36 da Lei nº 8.987/95 e art. 36 da Lei Estadual 5.720/98 (que reproduz integralmente o texto da Lei Federal 9.987/95).

**Item 2** - O novo contrato prevê, em sua cláusula XX, nº 3, que qualquer alteração nos encargos da concessionária importará na recomposição do seu equilíbrio econômico-financeiro.

Além disso, está estabelecido na mesma cláusula, nº 2, que o valor da tarifa básica de pedágio será revista na hipótese de suspensão de cobrança do pedágio ou redução do valor da tarifa de pedágio determinada por autoridade competente, da qual resulte frustração total ou parcial da receita que teria sido arrecadada pela concessionária no período da suspensão ou da redução tarifária.

Dessa forma (revisão da tarifa - que é preço público apto a financiar a concessão), o Poder Público não estará repassando receitas à Concessionária que seria prática dissonante com o regime jurídico da concessão, posto que deve ser sempre remunerada pelo usuário do serviço.

**Item 3** - O Edital 01/98 suprimiu a possibilidade de dilação do prazo de concessão, determinando em seu item nº 12 que o prazo seria de 25 anos, contados da data de formalização do Termo de Transferência do Sistema Rodovia do Sol.

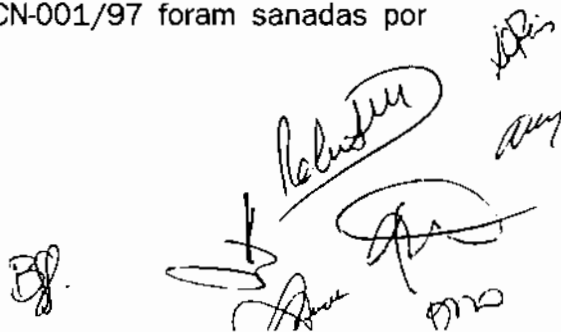
Além disso, a cláusula XI do contrato reproduz o item nº 12 do Edital, especificando que não seria admitida a prorrogação do prazo de concessão, salvo excepcionalmente, nas hipóteses previstas no próprio contrato.

Verificamos também que a cláusula XIV do contrato, que regulamenta o seu equilíbrio econômico-financeiro não prevê a alteração do prazo contratual para tanto.

**Item 4** - Constatou-se irregularidades quanto ao não atendimento dos requisitos legais a autorizar a emissão das licenças ambientais, ao cumprimento de condicionantes estabelecidas pelo órgão ambiental competente, bem como quanto às garantias da devida proteção ao meio ambiente pela Concessionária. Todavia, as considerações a respeito das questões ambientais estão sendo levantadas pelos profissionais dessa área, dentro dos limites de suas competências<sup>78</sup>.

Conforme se constata, nem todas as irregularidades apontadas pelo TCEES quando da análise do Edital de Concorrência Pública SETR CN-001/97 foram sanadas por

<sup>78</sup> Processo TC 5591/2013. fls. 512-548.



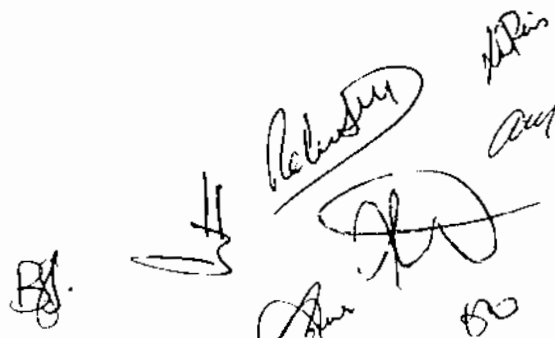
oportunidade da confecção do Edital de Concorrência Pública para a Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998. Com efeito, os problemas relacionados ao projeto básico e à preservação ambiental permaneceram, de sorte que tais questões são alvo de análise específica no presente trabalho, inclusive quanto à repercussão para o caso concreto, conforme Seções 2.2 (fls. 10358 deste Processo TC 5591/2013), 2.7 (fls. 10428) e 2.9 (fls. 10447).


Quanto à análise jurídica prévia do Edital de Concorrência Pública para a Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, a consulta aos documentos que compõem os autos leva à conclusão de que não houve o parecer de exame e aprovação da PGE. Com efeito, há informações<sup>79</sup> prestadas pela própria PGE, datadas de 2003, dando conta de que as minutas do edital e do contrato não foram previamente submetidas para fins de exame e aprovação.

Há que se ressaltar que, na oportunidade, o engenheiro Jorge Hélio Leal continuava à frente da Comissão Especial de Licitação, como seu Presidente, além de ocupar também a Presidência do Conselho Rodoviário Estadual e, ainda, a Direção Geral do DER/ES. **Note, então, que, quando do Edital de Concorrência Pública SETR CN-001/97, o engenheiro Jorge Hélio Leal agiu buscando o encaminhamento da minuta à PGE, demonstrando conhecimento da legislação e total obediência. Todavia, essa mesma situação não se verificou em relação ao Edital de Concorrência Pública para a Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, sem que houvesse qualquer justificativa formalizada.**

Outro registro importante diz respeito à atuação da Procuradoria Judicial do DER/ES. De acordo com a Lei Estadual nº. 3.220/1978, o DER/ES, em sua organização básica, conta com uma Procuradoria Judicial, responsável pela assistência jurídica às unidades internas, pela representação em juízo e pelo cumprimento das normas legais que regem as atividades do Departamento (artigo 4º, inciso II, alínea 'c').

<sup>79</sup> Processo TC 5591/2013. fls. 623; fls. 1412-1414.



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo  
1ª Secretaria de Controle ExternoPROC. TC Nº 5591/2013  
Fls. 10388  
Ass:   
Mat. 1203.161

No caso concreto, há evidências<sup>80</sup> de que a Procuradoria Judicial do DER/ES, após a homologação do resultado da licitação, formalizou o contrato de concessão do Sistema Rodovia do Sol, mediante o preenchimento da minuta do contrato, situação que é diferente de examinar e aprovar, cuja competência legal é da PGE, como visto anteriormente. Vale registrar que o então Chefe da Procuradoria Judicial do DER/ES, Sr. Adiomar Malbar da Silva, prestou depoimento<sup>81</sup> à denominada CPI da RODOSOL informando que o Edital de Concorrência Pública para a Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 e a minuta do contrato teriam sido elaborados pela PGE. No entanto, no próprio relatório final da CPI há também informação<sup>82</sup> de que o referido Edital teria sido elaborado pelo especialista contratado pelo Governo, o Dr. Geraldo Vieira.

Além da atuação da Procuradoria Judicial do DER/ES, também merece registro o fato de que o Conselho Rodoviário Estadual (órgão deliberativo da organização básica do DER/ES) aprovou o processo licitatório de concessão e a minuta do contrato, por meio da Resolução nº. 4.822/1998<sup>83</sup>. Todavia, percebe-se que a aludida resolução teve origem no voto do Conselheiro Amaury de Souza<sup>84</sup>, o qual não possui conteúdo de mérito, apresentando apenas um relato resumido de algumas fases da concorrência pública referente à concessão. Neste contexto, embora respaldada pela Lei nº. 3.220/1978<sup>85</sup> (conforme artigos 4º, inciso I, e 6º, inciso II, alíneas 'd' e 'e'), a aprovação em questão não supre, de forma alguma, a ausência do prévio exame e aprovação da PGE, nem tampouco deve ser vista como manifestação em sede de controle interno.

Portanto, a ausência de documentos comprobatórios e as informações prestadas pela própria PGE, no sentido de inexistir a análise jurídica prévia das minutas do Edital e do consequente Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998,

<sup>80</sup> Processo TC 5591/2013. fls. 859.

<sup>81</sup> Processo TC 5591/2013. fls. 5704; 5.705-verso.

<sup>82</sup> Processo TC 5591/2013. fls. 5733.


<sup>83</sup> Processo TC 5591/2013. fls. 1059.

<sup>84</sup> Processo TC 5591/2013. fls. 859-verso; 1.055-1.056.

<sup>85</sup> Arts. 4º, I, e 6º, II, "d" e "e".



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

PROC. TC Nº 5591/2013  
Fls. 10389  
Ass:   
Mat. 203.161

são elementos preponderantes para a conclusão de infringência ao comando do parágrafo único do artigo 38 da Lei nº. 8.666/1993.

Uma vez verificada a irregularidade, surge o questionamento acerca da sua consequência para o caso concreto. Buscando apoio na doutrina sobre o assunto, temos que prevalece o entendimento segundo o qual a regra do parágrafo único do artigo 38 destina-se a evitar a descoberta a destempo de defeitos, não se tratando de formalidade que se exaure em si mesma. Trazemos à colação o magistério de Marçal Justen Filho, doutrinador cuja obra é referência no campo de licitações e contratos administrativos:

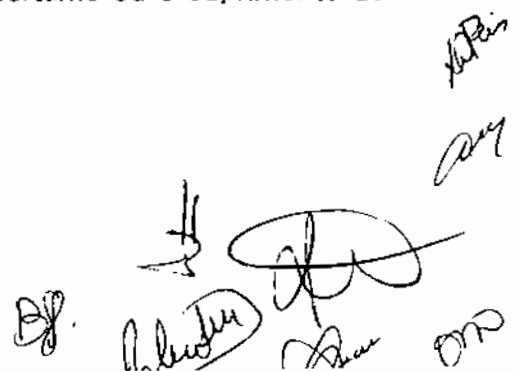
23) Fiscalização pela assessoria jurídica

O parágrafo único determina a obrigatoriedade da prévia análise pela assessoria jurídica das minutas de editais e contratos (ou instrumentos similares).

**Qual a consequência acerca da ausência de aprovação prévia por parte da assessoria jurídica?** Deve reconhecer-se que a regra do parágrafo único destina-se a evitar a descoberta tardia de defeitos. Como a quase totalidade das formalidades, a aprovação pela assessoria jurídica não se trata de formalidade que se exaure em si mesma. Se o edital e as minutas de contratação forem perfeitos e não possuírem irregularidades, seria um despropósito supor que a ausência de prévia aprovação da assessoria jurídica seria suficiente para invalidar a licitação. Portanto, o essencial é a regularidade dos atos, não a aprovação da assessoria jurídica. **Com isso, afirma-se que a ausência de observância do disposto no parágrafo único não é causa autônoma de invalidade da licitação. O descumprimento da regra do parágrafo único não vicia o procedimento se o edital ou o contrato não apresentavam vício. Configurar-se-á apenas a responsabilidade funcional para os agentes que deixaram de atender à formalidade.**

Nada impede, porém, que qualquer interessado provoque a observância do disposto no parágrafo único, se a Administração não lhe tiver dado pertinente observância. **A qualquer tempo, pode-se (deve-se) determinar a audiência da assessoria jurídica. Daí poderá derivar a invalidação do certame ou o suprimento do vício, conforme a assessoria reconheça a existência de defeito ou entenda que tudo está regular**<sup>86</sup>. [grifo nosso]

Note que o renomado autor defende que a ausência do parecer jurídico prévio não é causa autônoma de invalidade da licitação, se o edital ou o contrato estiverem livres de vícios. E defende também que, na hipótese de descumprimento do comando do parágrafo único do artigo 38, a manifestação da assessoria jurídica pode ocorrer a qualquer tempo, dela podendo derivar a invalidação do certame ou o suprimento do vício.





Voltando ao caso concreto, a PGE, ainda que tardiamente (em 19/09/2003), por meio do Parecer PGE/SCA nº. 622/2003<sup>87</sup>, acabou produzindo manifestação sobre o procedimento de licitação realizado, inclusive até o momento da assinatura do contrato e respectiva publicação. Vale registrar que, à época, estava em curso na ALES a Comissão Parlamentar de Inquérito conhecida como CPI da RODOSOL.

Conforme se constata do parecer da PGE, a análise não foi conclusiva, posto que limitada pela ausência de documentos que se supunha estar em poder da Comissão responsável pelos trabalhos da CPI. De acordo com o texto, vários indícios de irregularidades foram apontados, inclusive com a possibilidade de nulidade do procedimento licitatório e do contrato, porém carecedores de melhor apuração. Neste contexto, a PGE se absteve de opinar conclusivamente sobre a (i)legalidade da concessão, ao entendimento de que a CPI da RODOSOL tinha melhores condições e ferramentas para esgotar a matéria.

Sob o enfoque do controle externo, trazemos à colação trecho de acórdão do Tribunal de Contas da União – TCU que espelha o entendimento daquela Corte acerca da ausência do parecer jurídico:

[...]

II.a - IRREGULARIDADE:

15. Ausência, nos autos do procedimento licitatório, dos pareceres jurídicos, conforme exigido no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.

II.b - RAZÕES DE JUSTIFICATIVA:

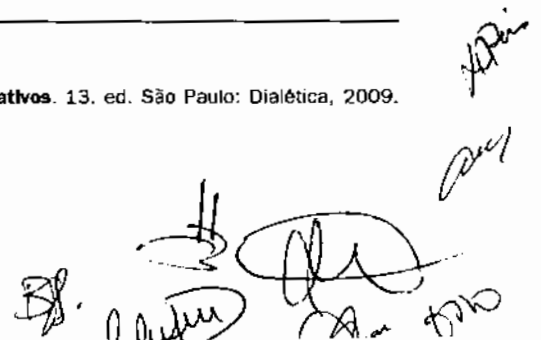
16. Os argumentos apresentados pelos defendentes foram os que se seguem: 'A falha apontada decorreu do grande número de licitações que ocorre no final do exercício, que provocou acúmulo considerável de trabalho, havendo a Comissão de Licitação deixado de enviar à assessoria jurídica a minuta do edital da Tomada de Preços nº 01/2002, para que se procedesse ao seu prévio exame, conforme prevê o art. 38 parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.

Entendemos, todavia, que o descumprimento dessa formalidade, embora de grande importância, não prejudicou o processamento da licitação, nem causou qualquer dano, devendo, assim, ser relevada por parte dessa egrégia Corte de Contas, conforme Decisão 561/98 - Plenário, Acórdão 62/1999 - Segunda Câmara, e Acórdão 1306/2003 - Primeira Câmara.

No Acórdão 62/1999 - Segunda Câmara, em cujo processo (374.037/1994-9) foi constatada, entre outras irregularidades, a ausência de parecer jurídico sobre a minuta do edital, por não haver sido detectado nenhum prejuízo ao

<sup>86</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 506.

<sup>87</sup> Processo TC 5591/2013. fls. 1409-1.438.



erário foi determinada a imediata regularização das impropriedades subsistentes (item 8.3 do Acórdão).

Na Decisão 561/98 - Plenário, o Ministro-Relator, Valmir Campelo, cujo voto foi acolhido pelo Plenário, assim se manifestou sobre as irregularidades constatadas naquele Processo: '(...) **não se pode olvidar que não há registro de que as irregularidades procedimentais verificadas [entre as quais a ausência de parecer jurídico] tenham frustrado a lisura do certame licitatório, o que, a par do entendimento firmado acerca da inexistência de dano ao Erário, sinaliza no sentido de ausência de dolo ou má-fé por parte dos responsáveis.**'

Mais adiante no seu brilhante Relatório, o ilustre Ministro considera as irregularidades ocorridas (entre elas, repita-se, a ausência de parecer jurídico da minuta do edital) como falhas de natureza formal, propondo como medida adequada, no caso, o envio de determinação ao ente auditado para que adote as providências de modo a coibir a reincidência dessas falhas<sup>88</sup>.

Note que o entendimento do TCU guarda sintonia com a doutrina de Marçal Justen Filho, no sentido de que a ausência do parecer jurídico, por si só, não vicia o procedimento, desde que o edital ou o contrato estejam livres de vícios, ou seja, desde que a lisura do certame licitatório não reste frustrada.

No caso em análise, convém mencionar que há diversas irregularidades relacionadas com o edital e o contrato, conforme registrado no presente relatório, as quais colocam em xeque a lisura do procedimento. Neste contexto, a ausência do parecer jurídico aparece como mais uma infração que, somada a todas as outras, pode sugerir, em tese, 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 ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.**

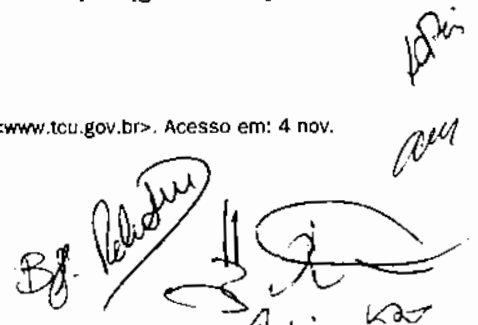
§ 1º. A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 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]

<sup>88</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº. 96/2004 – Plenário. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 4 nov. 2014.



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**

*h*  
*h*  
*h*

**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.

[...]

#### **1.1) 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.

[...]

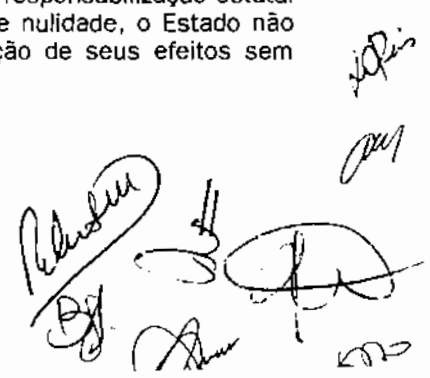
Deve-se apurar a relação de causalidade entre o ato estatal viciado e o dano sofrido pelo particular. Se o dano derivou exclusivamente da conduta do particular, a Administração Pública não será por ele responsabilizável. [...]

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.

[...]

#### **1.3) 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>89</sup>.

O engenheiro Jorge Hélio Leal é responsável pelo achado apontado, pois, acumulando as funções de Diretor-Geral do DER/ES e Presidente da Comissão Especial de Licitação do DER/ES, e sendo o principal responsável por impulsionar o processo administrativo e por zelar pela sua estrita legalidade, publicou o Edital de Concorrência Pública para Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 sem aprovação da PGE ou do controle interno.

Além dele, os senhores Adiomar Malbar da Silva, Sérgio Luiz Coelho de Lima, Paulo Augusto Jabour de Rezende, Rogério Vasques Benezath e Edivaldo Correa de Assis, demais membros da Comissão Especial de Licitação, também figuram como responsáveis, uma vez que se omitiram no dever de zelar pela estrita legalidade do processo administrativo.

Todavia, observe que a irregularidade apontada ocorreu em setembro de 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, aos senhores ADIOMAR MALBAR DA SILVA,

<sup>89</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. pg. 654-657; 661.



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

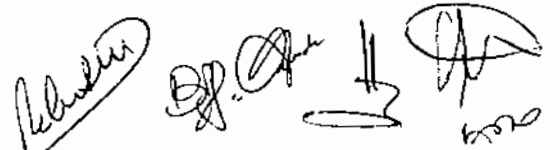
PROC. TC Nº 5591/2013  
Fls. 10395  
Ass:   
Mat/209.161

SÉRGIO LUIZ COELHO DE LIMA, PAULO AUGUSTO JABOUR DE REZENDE, ROGÉRIO VASQUES BENEZATH e EDIVALDO CORREA DE ASSIS, demais membros da Comissão Especial de Licitação, **quanto à publicação do Edital de Concorrência Pública de Concessão nº. 1/1998, que abriu procedimento licitatório sem a aprovação da Procuradoria Geral do Estado – PGE ou do Controle Interno;**

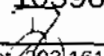
2. Com fundamento no artigo 207, inciso II, do Regimento Interno do TCEES, tendo em vista o **princípio do contraditório**, determinar a oitiva da AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO BÁSICO E INFRAESTRUTURA VIÁRIA – ARSI e da empresa CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A., para que, no prazo de até 30 (*trinta*) dias, **manifestem-se sobre a publicação do Edital de Concorrência Pública de Concessão nº. 1/1998, que abriu procedimento licitatório sem a aprovação da Procuradoria Geral do Estado – PGE ou do Controle Interno (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 2.4, 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,



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

PROC. TC Nº 5591/2013  
Fls. 10396  
Ass:   
Mat. 203.161

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.**

## 2.5 Restrição ilegal do caráter competitivo do certame [QA5]

O artigo 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº. 8.666/1993, estabelece que:

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, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º. **É vedado aos agentes públicos:**

**I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo** e estabeleçam preferências ou 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. [grifo nosso]

Todavia, mediante análise do Edital de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 e dos demais documentos atinentes ao processo licitatório aos quais a Equipe de Auditoria teve acesso, pode-se identificar a existência de diversos fatores que restringiram, ilegalmente, o caráter competitivo do certame. Entre eles:

