

## 2 ACHADOS DE AUDITORIA

Em consequência da aplicação dos procedimentos de auditoria, da utilização das técnicas e da análise da documentação comprobatória dos atos relacionados à concessão do Sistema Rodovia do Sol, a Equipe de Auditoria obteve os achados de auditoria.

Antes de apresentá-los, porém, são expostas algumas considerações relacionadas à prescrição, tanto no âmbito contratual, como no âmbito sancionatório, no intuito de fundamentar as propostas de encaminhamento sugeridas adiante.

Em seguida, ainda neste Capítulo, os achados de auditoria são apresentados, tendo sido desenvolvidos e estruturados, explicitando, para cada um, a situação encontrada, os objetos nos quais foi constatado, o critério de auditoria adotado, as evidências, as causas, os efeitos reais ou potenciais, os responsáveis e as propostas de encaminhamento.

### 2.1 Questão prévia: Prescrição

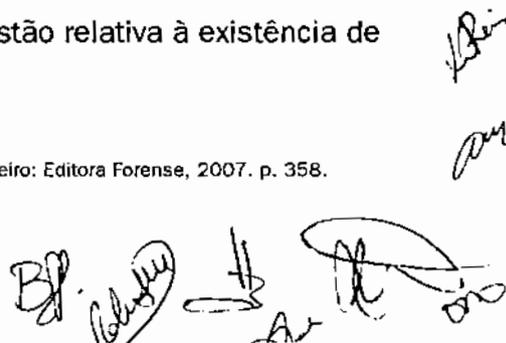
Nos termos de Humberto Theodoro Júnior, prescrição é a “*sanção que se aplica ao titular do direito que permaneceu inerte diante de sua violação por outrem*”<sup>40</sup>. Nesse sentido, a legislação estabelece certos prazos a serem observados para evitar tal fenômeno. Em casos excepcionais, todavia, ante a natureza dos interesses tutelados, o decurso do tempo é incapaz de inviabilizar a sua proteção.

O Poder Público, como regra, também se submete à prescrição, a fim de garantir a estabilidade nas relações da qual faça parte, devendo desconsiderá-la somente nas hipóteses em que o ordenamento jurídico expressamente o fizer.

No presente caso, tendo a licitação para a Concessão do Sistema Rodovia do Sol sido realizada em 1998, é especialmente relevante a questão relativa à existência de

\_\_\_\_\_

<sup>40</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 46. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 358.



prescrição sob três aspectos, a saber, i) para declarar a nulidade do contrato; ii) para aplicar penalidades ao gestor em virtude de ilegalidades (pretensão punitiva); e iii) para reconhecer a obrigação de ressarcimento ao erário.

No caso de **nulidade contratual absoluta**, é entendimento do Superior Tribunal de Justiça que **o termo a quo para a contagem do prazo é o término do ajuste**, como explicitado no julgado transcrito abaixo:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPOSTA VIOLAÇÃO À LEI FEDERAL OCORRIDA NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PRORROGAÇÃO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. PRETENSÃO QUE VISA ANULAR O PACTO. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. ENCERRAMENTO DO AJUSTE. PRECEDENTES.

1. Conforme iterativa jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, ainda que a suposta contrariedade à lei federal surja no julgamento do acórdão recorrido, é indispensável a oposição de embargos de declaração para que o Tribunal de origem se manifeste sobre a questão, sob pena de restar desatendido o requisito do prequestionamento. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF.

2. De acordo com posicionamento firmado na Primeira Seção desta Corte, **a prorrogação de contrato de concessão de serviço público, sem a realização de prévia licitação, macula o negócio jurídico com nulidade absoluta, de maneira que o vício perdura até o encerramento do pacto, quando se inicia o prazo prescricional da pretensão que visa anulá-lo** (REsp 1079126/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 06/05/2011).

3. Agravo regimental a que se nega provimento<sup>41</sup>. [grifado na fonte]

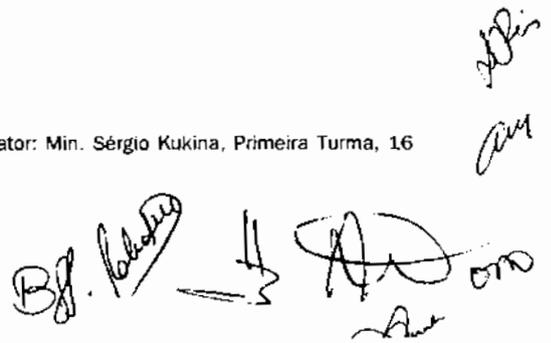
Nesse caso, portanto, a existência do vício pode ser reconhecida em qualquer momento da execução do contrato, pois tal perdura até o encerramento da outorga, iniciando-se a contagem do prazo prescricional somente a partir deste momento.

Outro aspecto diz respeito à prescrição da **pretensão punitiva** do Estado em relação àquele que deu causa a alguma irregularidade, ensejadora de nulidade absoluta ou não. Nessa hipótese, adota-se o disposto no artigo 71 da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo):

Art. 71. Prescreve em **cinco anos** a pretensão punitiva do Tribunal de Contas nos feitos a seu cargo.

\_\_\_\_\_

<sup>41</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **AgRg no Ag nº. 1199877/PR**. Relator: Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, 16 abr. 2013.



§ 1º. A prescrição poderá ser decretada de ofício ou mediante provocação de qualquer interessado, após manifestação escrita do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

§ 2º. Considera-se a data inicial para a contagem do prazo prescricional:

I - da autuação do feito no Tribunal de Contas, nos casos de processos de prestação e tomada de contas, e nos casos em que houver obrigação formal de envio pelo jurisdicionado, prevista em lei ou ato normativo, incluindo os atos de pessoal sujeitos a registro;

II - **da ocorrência do fato, nos demais casos.**

§ 3º. Suspende a prescrição a determinação de diligência no processo, até o seu total cumprimento.

§ 4º. Interrompem a prescrição:

I - a citação válida do responsável;

II - a interposição de recurso.

§ 5º. A prescrição da pretensão punitiva não impede a atuação fiscalizadora do Tribunal de Contas para a verificação da ocorrência de prejuízo ao erário, nem obsta a adoção de medidas corretivas. [grifo nosso]

Ademais, cumpre ressaltar, como destacado pelo artigo 71, § 5º, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, que a prescrição da pretensão punitiva não impede a atuação fiscalizadora desta Corte de Contas quanto à apuração de ocorrência de **dano ao erário**, nem obsta a adoção de medidas corretivas.

Isso porque, de acordo com o artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, não há prescrição nesse caso: *"A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, **ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento**"* [grifo nosso].

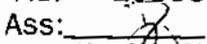
No caso de adoção de medidas corretivas, a prescrição não fulmina tal possibilidade, uma vez que tais não geram responsabilidade para gestor, para fins de sanção. Trata-se apenas de uma tentativa de regularizar aquilo que compromete o bom andamento do ajuste.

No âmbito do processo civil, em lição subsidiariamente aplicável aos processos que tramitam nesta Corte de Contas, Humberto Theodoro Júnior ensina que *"comprovada a prescrição [...], o juiz, desde logo, rejeitará o pedido, no estado em que o processo estiver, independentemente do exame dos demais fatos e provas dos autos"*<sup>42</sup>. Por esse motivo, nos achados descritos doravante, onde ela for constatada, haverá sugestão desta equipe para o seu reconhecimento pelo Tribunal com a conseqüente extinção do processo em relação aos agentes que os praticaram. Nesse sentido, cita-

<sup>42</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 46. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 359.



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

PROC. TC Nº 5591/2013  
Fls. 10358  
Ass:   
Mat. 203.161

se o artigo 375, do Regimento Interno desta Corte de Contas (Resolução TC nº. 261/2013):

Art. 375. A identificação da prescrição ainda na fase de instrução, quando inexistente as hipóteses de imputação de débito e a expedição de determinações ao gestor para o exato cumprimento da lei, **autoriza a extinção do processo, desde logo, por ausência de justa causa, mediante deliberação do colegiado.** [grifo nosso]

## 2.2 Abertura de procedimento licitatório com elementos insuficientes de Projeto Básico [QA02]

O artigo 19, inciso XV, da Lei Estadual nº. 5.720/1998, facultaria à Administração, no caso de concessões precedidas de obra pública, exigir do licitante a apresentação do projeto básico na sua proposta de metodologia de execução. Todavia, no caso do Edital de Concorrência Pública de Concessão nº. 1/1998, o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo – DER/ES não exigiu do licitante tal apresentação, de forma que deveria constar do Edital e seus anexos, os elementos de projeto básico que permitiriam a plena caracterização de todas as obras.

Portanto, **era obrigação da Administração atender o disposto no artigo 18, inciso XV, da Lei nº. 8.987/1995**, nos seguintes termos:

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 conterá, especialmente:

[...]

XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, **os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização**, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998) [grifo nosso]

Logo, uma vez de posse de clara definição de quais são “os elementos do projeto básico” que permitem a plena caracterização das obras, bastará examinar os autos para verificar se existiam e estavam à disposição dos interessados em participar do certame.

