



CÂMARA MUNICIPAL DE CARIACICA
GABINETE DO VEREADOR SÉRGIO CAMILO GOMES (PSC)

ANEXO IV

MANIFESTAÇÃO TÉCNICA 01265/2018-6 PROCESSO TCEES 07670/2018-4

Manifestação Técnica 01265/2018-6

Processo: 07670/2018-4

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

Setor: NRE - Núcleo de Controle Externo de Regimes Especiais

Criação: 22/10/2018 18:44

UGs: IDESC - Instituto de Desenvolvimento do Município de Cariacica, PMC - Prefeitura Municipal de Cariacica

Relator: Domingos Augusto Taufner

Responsável: GERALDO LUZIA DE OLIVEIRA JUNIOR, ALBUINO CUNHA DE AZEREDO JUNIOR

Representante: SERGIO CAMILO GOMES

PROCESSO NÃO JULGADO

MANIFESTAÇÃO TÉCNICA

Processo: TC 7670/2018

Assunto: Representação

Jurisdicionados: Prefeitura Municipal de Cariacica
Instituto de Desenvolvimento de Cariacica (Idesc)

Exercício: 2018

Unidade técnica: NRE

Representante: Sr. Sérgio Camilo Gomes – Vereador de Cariacica

Responsáveis: Sr. Geraldo Luzia de Oliveira Júnior – Prefeito de Cariacica
Sr. Albuino Cunha de Azeredo Júnior – Diretor-Presidente do Instituto de Desenvolvimento de Cariacica (Idesc)

Relator: Conselheiro Domingos Augusto Taufner

1. INTRODUÇÃO

O presente processo trata de Representação, com pedido de medida cautelar, em face da Prefeitura Municipal de Cariacica e do Instituto de Desenvolvimento do Município de Cariacica - Idesc, noticiando a ocorrência de possíveis irregularidades no Contrato Administrativo 5/2016 – Concorrência Pública 1/2016 – Processo Administrativo 4/2016-Idesc.

2. SÍNTESE PROCESSUAL

Em 20/9/2018 foi interposta a presente Representação, com documentação suporte, conforme se vê nos docs. 2 e 3.

A Decisão Monocrática 1661/2018, de 2/10/2018 (doc. 7), não apreciou o pedido cautelar e determinou as notificações dos Responsáveis, Sr. Geraldo Luzia de Oliveira Júnior—Prefeito Municipal de Cariacica e Sr. Albuíno Cunha de Azeredo Júnior—Diretor Presidente do Idesc, para que, no prazo de cinco dias, apresentassem as justificativas e documentos que julgassem necessários.

Regularmente notificados, os Responsáveis apresentaram, tempestivamente (Despacho 53.259/2018 – doc. 27), em 8/10/2018, seus esclarecimentos, através do doc. 16, trazendo documentação suporte nos docs. 17-26.

Na sequência, o Despacho 53436/2108 (doc. 28), de 10/10/2018, encaminhou o processo para análise dos requisitos de admissibilidade e dos pressupostos para concessão de cautelares.

O feito veio, então, para o NRE, para a análise prevista no artigo 307, § 2º do RITCEES¹, sendo esta a síntese do ocorrido até o momento.

¹ Art. 307. Atuado e distribuído, o processo será encaminhado diretamente ao Relator, ou ao Presidente, na hipótese do art. 20, inciso XXII, deste Regimento, com absoluta prioridade, para análise.

§ 1º Se o Relator entender que, antes de ser adotada a medida cautelar, o responsável deva ser ouvido, determinará a sua notificação, por decisão monocrática preliminar, para prestar informações, no prazo de até cinco dias.

§ 2º Antes ou após a prestação das informações, o Relator poderá apreciar o pedido de medida cautelar ou, caso entenda necessário, determinar a instrução preliminar do feito para análise dos fundamentos e pressupostos da cautelar. (destacou-se)

3. ANÁLISE DE ADMISSIBILIDADE DA REPRESENTAÇÃO

A representação em face de licitação, ato e contrato é disciplinada pelos artigos 100 e 101 da LCE 621/2012 (LOTCEES) e pelos artigos 183 a 186 da Resolução TC 261/2013 (RITCEES).

Por sua vez, aplicam-se às Representações, no que couber, os requisitos de admissibilidade da denúncia, quais sejam:

Art. 177. São requisitos de admissibilidade de denúncia sobre matéria de competência do Tribunal:

I – ser redigida com clareza;

II – conter informações sobre o fato, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção;

III - estar acompanhada de indício de prova;

IV – se pessoa natural, conter o nome completo, qualificação e endereço do denunciante;

V – se pessoa jurídica, prova de sua existência, e comprovação de que os signatários têm habilitação para representá-la.

Conforme se nota na Representação, o Representante trouxe elementos de convicção e provas quanto a possíveis irregularidades contidas na execução do Contrato de Concessão 5/2016, firmado entre o Idesc e o consórcio Techmob, cujo objeto é a delegação da prestação do serviço de estacionamento rotativo em Cariacica, pelo prazo de dez anos.

Além dos elementos de prova trazidos, o Representante ainda pleiteou a notificação dos Responsáveis a fim de apresentarem outras provas, conforme ressaltado no item 3 desta Manifestação Técnica.

Da análise do acervo processual, o Representante demonstrou interesse e legitimação, nos termos dos arts. 100 e 101 da LC 621/2012, motivo pelo qual a representação se mostra cabível, devendo ser processada.

Verifica-se, ainda, na análise do processo, a presença dos requisitos de admissibilidade listados, haja vista que o Representante está devidamente qualificado, a peça de representação está devidamente assinada, tendo sido

redigida com clareza. Além disso, contém informações sobre o fato, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção, estando acompanhada de indícios de provas.

Ademais, vislumbra-se a defesa de interesse público e não meramente privado, haja vista que as possíveis ilegalidades apontadas revelam descumprimentos contratuais e normativos graves e a não adoção das medidas adequadas pelo Poder Concedente, o que já vem causando danos ao erário e aos usuários do serviço.

Diante do exposto, entende-se que a representação deve ser conhecida, uma vez que preenche os requisitos de legitimação e de admissibilidade estabelecidos na LOTCEES e no RITCEES.

4. PRELIMINAR

Os responsáveis alegaram, em seus esclarecimentos que a representação não deveria ser conhecida, na forma do artigo 177 § 1º do RITCEES, uma vez que não teria trazido elementos de prova hábeis a comprovar suas alegações, como se vê no doc. 16, p. 9:

Da análise dos termos da denúncia encaminhada a estes subscritores, resta por demonstrado a ausência de requisitos para a instauração de qualquer procedimento investigativo, vez que o autor não traz elementos de prova hábeis a comprovar suas alegações, a sustentando apenas com palavras desarrazoadas e inverídicas.

Isto posto, à luz do disposto no §1º do citado artigo, a denúncia não deverá ser conhecida, o que impõe, seu imediato arquivamento.

Quanto ao alegado pelos Responsáveis, a ausência de algum elemento de prova a embasar as alegações em representações ou denúncias pode ser suprida através de requerimento na peça inicial dos documentos necessários a tal finalidade, conforme feito pelo Representante, que pediu, nesse sentido, o seguinte (doc. 2, p. 12-13):

Outrossim, requer sejam intimados os DENUNCIADOS a apresentar:

- a) apresentar cópia integral do processo de licitação, constando cópia de todos os documentos apresentados pelas empresas participantes do certame;

- b) Prestação de Contas dos valores pagos pelos usuários do sistema, pela utilização do estacionamento;
- c) Prestação de Contas dos valores pagos pelos usuários do sistema, referente a quitação da notificação de não aquisição do tíquete nos 15 (quinze) minutos iniciais de utilização do estacionamento;
- d) Prestação de Contas dos Repasses feitos ao município em adimplemento ao Contrato firmado com a Concessionária;
- e) Relação de funcionários contratados pela Concessionária, e comprovação de quitação de verbas salariais, previdenciárias, fundiária;
- f) Comprovante de recolhimento de Imposto Sobre Serviço -ISS, incidente sobre a prestação do serviço de implantação e administração de estacionamento rotativo nas vias públicas de Cariacica;

Observa-se, ainda, que os documentos solicitados pelo Representante foram juntados pelos Responsáveis nos docs. 17-26 e, em seu bojo, trazem elementos de convicção e provas suficientes a comprovar as alegações iniciais.

Diante do exposto, opina-se pela rejeição da preliminar suscitada.

5. DO APENSAMENTO

O Representante alega, em síntese, a ocorrência das seguintes irregularidades na execução do Contrato de Concessão 5/2018: *i) Ausência ou má gestão contratual; ii) não cumprimento do prazo para implantação do estacionamento rotativo, com todos os recursos tecnológicos, como sensores nas vagas, fiscalização e operação automatizada do serviço, através de softwares específicos (60 dias depois da assinatura do contrato – Contrato assinado em 17/10/2016); iii) não observância da tolerância de 15 minutos estabelecida na Lei Municipal 5814/2017; iv) expansão do estacionamento rotativo para áreas residenciais, em desacordo com as justificativas que embasaram o processo de concessão do serviço; v) proposta da concessionária dissociada do interesse público, visando somente a arrecadação de tarifas.*

Por sua vez, a licitação e a execução contratual do serviço de estacionamento rotativo de Cariacica foram objeto de recente fiscalização do NRE, realizada no corrente ano, através do Processo TC 3684/2018, em que foram apontados os seguintes achados: *i) inexistência e deficiência dos estudos e projetos*

requeridos; *ii*) existência de cláusulas ilegais e/ou de caráter restritivo; *iii*) publicidade deficiente; *iv*) os investimentos previstos no Edital (vinculantes) não foram devidamente executados; v) fiscalização deficiente.

Percebe-se na comparação entre os achados de auditoria e as irregularidades alegadas na Representação, que duas irregularidades são idênticas: a não execução dos investimentos vinculantes (sensores de massa metálica) e a deficiência de fiscalização/gestão do contrato de concessão.

Essa situação propicia a possibilidade de decisões conflitantes sobre o mesmo contrato e sobre a mesma matéria, o que atrai a aplicação do disposto no artigo 277, § 1º, c/c os artigos 278 e parágrafo único e 280, todos da Res. TC 261/2013 (RITCEES)², fazendo-se necessário o apensamento dos processos.

De outro lado, não se vislumbra a possibilidade de supressão de fases ou providências indispensáveis à instrução e julgamento do processo apenso, haja vista que o Processo TC 3684/2018 está, ainda, em fase de apresentação de justificativa/defesas por parte dos Responsáveis, já tendo sido expedidos os termos de citação.

Diante do exposto, **opina-se pelo apensamento do presente processo ao Processo 3684/2018**, já que este último se encontra em fase mais adiantada de instrução.

² Art. 277. O apensamento de processos, em caráter definitivo ou temporário, decorrente da conexão ou continência, observará as disposições específicas do Código de Processo Civil.
§ 1º O apensamento definitivo dos processos poderá se efetivar quando ocorrer a conexão ou continência, a fim de evitar decisões conflitantes, observado o princípio da segurança jurídica.
(...)

Art. 278. Compete ao Relator determinar o apensamento de processos da sua relatoria.

Parágrafo único. O apensamento poderá ser solicitado por Auditor, Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal, chefe de unidade técnica e pela parte.

Art. 280. A tramitação e a prática de atos processuais, quando se tratar de matérias conexas, terão sequência no processo que estiver em fase mais adiantada de instrução, o qual será identificado como principal e o outro processo como apenso.

§ 1º A hipótese prevista no *caput* não se aplicará enquanto dela decorrer a possibilidade de supressão de fases ou providências indispensáveis à instrução e julgamento do processo apenso.

§ 2º Se da hipótese prevista no *caput* decorrer conflito de competência observar-se-á o disposto no art. 347 deste Regimento.

Sugere-se, ainda, que seja feita ITI complementar e nova citação dos Responsáveis, uma vez que a Representação contém supostas irregularidades que não foram apontadas no Processo TC 3684/2018.

Salienta-se que os dois processos têm relatores distintos (Processo TC 3648/2018 – Relator Marco Antônio da Silva / Processo TC 7670/2018 – Relator Domingos Augusto Taufner), sendo necessário verificar a existência de conflito de competência.

6. DOS PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO DE CAUTELARES

A medida cautelar requerida pelo Representante foi a suspensão cautelar da cobrança da tarifa até que sejam realizados os investimentos previstos na licitação.

São pressupostos para a concessão da tutela cautelar no Código de Processo Civil o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ou seja, a fumaça do bom direito e o perigo da demora.

Inobstante isto, prevê o art. 376 do RITCEES dois pressupostos específicos para a concessão de cautelares no âmbito desta Corte de Contas, quais sejam: I - fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio, que equivale ao *fumus boni iuris*; e II - risco de ineficácia da decisão de mérito, que equivale ao *periculum in mora*.

Do fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio (*fumus boni iuris*)

Como visto no Item 3 desta Manifestação Técnica as supostas irregularidades apontadas na Representação são: *i)* Ausência ou má gestão contratual; *ii)* não cumprimento do prazo para implantação do estacionamento rotativo, com todos os recursos tecnológicos, como sensores nas vagas, fiscalização e operação automatizada do serviço, através de softwares específicos (60 dias depois da assinatura do contrato – Contrato assinado em 17/10/2016); *iii)* não observância da tolerância de 15 minutos estabelecida na Lei Municipal 5814/2017; *iv)* expansão do estacionamento rotativo para áreas residenciais,

em desacordo com as justificativas que embasaram o processo de concessão do serviço; v) proposta da concessionária dissociada do interesse público, visando somente a arrecadação de tarifas.

Adicionalmente às supostas irregularidades narradas pelo Representante, a análise do Processo Administrativo Licitatório 4/2016 do Idesc revelou: *i)* que a empresa T.I Mob, integrante do Consórcio Techmob, informou não mais fazer parte de referido consórcio, podendo não estar mantidas as condições de habilitação; *ii)* o pagamento, pela Concessionária, desde maio/2017, do valor de outorga sobre a receita líquida de tributos e não sobre a receita bruta, incorrendo em descumprimento de cláusula editalícia e contratual; *iii)* a reincidência no atraso do pagamento do valor da outorga; *iv)* a inadimplência da concessionária quanto ao ISS; *v)* o descumprimento, pela concessionária, do artigo 7º, parágrafo único do Decreto 104/2016³, que regulamenta o serviço de estacionamento rotativo, ao não possibilitar o pagamento da tarifa em múltiplos de 15 minutos pelos usuários; e *vi)* o descumprimento, pela concessionária, do artigo 1º da Lei Municipal 5814/2014⁴, que cria período de tolerância de 15 minutos iniciais sem pagamento de tarifa; *vii)* a má prestação dos serviços, consubstanciada pela ausência de monitores para pagamento da tarifa, tratamento desrespeitoso aos usuários e cobranças abusivas de penalidades administrativas; *viii)* a incorreção do valor do contrato, uma vez que foi estabelecido erroneamente o valor do contrato como sendo de

³ Art. 7º Para garantir a rotatividade e eficiência do sistema, o período máximo de permanência do veículo nas vagas destinadas à Zona Azul será de 120 (cento e vinte minutos), exceto quando utilizado para os fins de licença especial nos termos da Lei nº 5.560/16;

Parágrafo único. Os usuários do sistema de estacionamento rotativo poderão optar por estacionamento pelo período de 15 (quinze) minutos e seus múltiplos, até o limite de 120 minutos, com o pagamento no valor correspondente ao tempo de parada. (destacou-se)

⁴ Art. 1º O artigo 9º da lei nº 5.560, de 14 de janeiro de 2016, passa à vigorar com a seguinte redação:

"Art. 9º Constituem infrações ao sistema de estacionamento rotativo pago".

[...]

Parágrafo único. O motorista que estacionar em vaga pertencente à "Zona Azul", instituída por esta Lei, terá o prazo de 15 (quinze) minutos de tolerância operacional para a sua utilização, período em que não poderá sofrer autuação pela autoridade de trânsito ou pela concessionária responsável pelo Sistema de Estacionamento Rotativo. (destacou-se)

R\$8.709.120,00 (que representa a soma dos valores estimados de outorga) enquanto o correto, pela redação da própria cláusula 1.2 do Contrato⁵ (doc. 3, p. 3), seria de R\$ 72.576.000,00, que representa a soma de todas as receitas brutas estimadas, conforme cálculo constante no Processo Licitatório 4/2016 do Idesc⁶ (doc. 21, p. 58), conforme entendimento pacificado nos Acórdãos TCU Plenário 586/2001 e 1795/2011, haja vista que o contrato de concessão não envolve apenas o pagamento da outorga, mas também a realização dos investimentos e o cumprimento das obrigações de operação (salários e encargos) e de manutenção. Assim, o valor do contrato não pode ser tão só o valor da outorga, devendo também englobar os investimentos e as despesas operacionais e de manutenção, bem como o lucro empresarial, ou seja, deve ser a receita da concessão.

Os Responsáveis em seus esclarecimentos (doc.16) informaram resumidamente que: *i)* Cariacica adotou o que há de mais moderno na gestão de estacionamento rotativos, uma vez que não utiliza parquímetros e não há necessidade de emissão de *tickets*, pois o crédito é vinculado diretamente à placa do veículo do usuário, através de prévio pagamento feito pelo *site* próprio (www.rotativocariacica.com.br), por meio de aplicativos gratuitos para os sistemas android e IOS, ou, ainda, através de venda direta em estabelecimentos cadastrados e monitores; *ii)* o fiscal do contrato elaborou relatório de fiscalização em que apontou o descumprimento por parte da concessionária de suas obrigações contratuais; *iii)* alguns dos fatos apontados na representação foram apurados pela fiscal do contrato; *iv)* como provam os documentos anexos, o Idesc vem sistematicamente exigindo da Concessionária o integral cumprimento das condições previstas no Termo de Referência e oferecidas em sua proposta técnica; *v)* tendo em vista a

⁵ 1.2. O valor estimado do Contrato é de R\$ 8.709.120,00 (OITO MILHÕES, SETECENTOS E NOVE MIL E CENTO E VINTE REAIS), que corresponde à estimativa do valor real da somatória da receita bruta advinda da concessão ao longo de seu prazo.(destacou-se)

⁶ [...]

Valor de Arrecadação Total:

Arrecadação Carros (R\$) + Arrecadação Motos (R\$)

64.512.000,00+ 8.064.000,00 = 72.576.000,00

Valor de Repasse:

72.576.000,00 * 12% = 8.709.120,00

morosidade e a negativa da Concessionária em cumprir os termos do Contrato 5/2016, o Idesc instaurou processo administrativo para aplicação de sanções e apuração de responsabilidades; *vi*) não sendo apresentadas razões técnicas que justifiquem o não cumprimento do contrato, o Idesc não se furtará em aplicar as sanções administrativas cabíveis, sem prejuízo de eventual rescisão contratual, nos termos dos arts. 77 e 78 da Lei 8.666/93; *vii*) a Lei Municipal 5814/2017, que instituiu 15 minutos de tolerância, é inconstitucional por vício de iniciativa, uma vez que foi proposta pelo Poder Legislativo, sendo que o Município ajuizará ação direta de inconstitucionalidade, visando a sua suspensão.

Acompanharam os esclarecimentos dos Responsáveis cópias do Processo de Licitação 4/2016, de relações de empregados da concessionária e de comprovantes de recolhimentos ao FGTS (doc. 17-26).

Chama atenção na análise do processo administrativo a conduta maliciosa e a má-fé da concessionária, que não obstante as inúmeras notificações feitas pelo fiscal do contrato, insiste, deliberadamente, em não pagar a outorga da maneira contratualmente avençada (causando danos ao erário municipal), insiste em atrasar o pagamento da outorga, insiste em descumprir a lei e o regulamento que disciplinam o serviço de estacionamento rotativo, lesando os usuários.

Para exemplificar o que se afirma, seguem trechos das manifestações da concessionária a respeito das notificações feitas pelo fiscal do contrato:

PAGAMENTO IRREGULAR DA OUTORGA

Pagamento de outorga em desacordo com o contrato, doc. 22, p. 90, 92, 99, uma vez que os 12% foram calculados depois de descontar todos os tributos, ao passo que o contrato determina que a base de cálculo é a receita bruta.

Ofício Idesc 78/2018, de 3/5/2018, notificou a concessionária sobre pagamento irregular da outorga, cobrando regularização em 48 horas, débito de R\$ 41.902,83, doc. 24, p. 16-18.

Resposta da Concessionária, informando que a base de cálculo correta da outorga é a receita livre de tributos, como consta no edital (abatendo-se os tributos diretos, sob pena de se inserir na base de cálculo da tributação valores percebidos pela contratante), tendo

recolhido a maior no início do contrato, por engano que beneficiou o poder concedente, doc. 24, p. 33.

Ofício Idesc 83/2018, de 15/5/2018, rejeitando os argumentos da Concessionária e dando 5 dias para pagamento do débito, sob pena de abertura de processo sancionatório, doc. 24, p. 50-53.

Notificação extrajudicial do Idesc à concessionária, em 17/5/2018, tentando derradeira solução amigável para a questão da base de cálculo da outorga, referente ao mês de abril/2018, doc. 24, p. 56-58.

Resposta da concessionária informando que irá discutir judicialmente a questão do valor da outorga, doc. 24, p. 60.

Pedido de parcelamento por parte da concessionária, em 21/6/2018, relativo ao débito decorrente do pagamento a menor da outorga em razão da base de cálculo incorreta, doc. 24, p. 78

ATRASO NO PAGAMENTO DA OUTORGA

Início da operação em 16/1/2017, conforme informativo de valor de outorga de p. 122-123 do doc. 21.

Notificação do fiscal do contrato à Concessionária sobre atraso nos repasse da outorga e cobrança de multa, em 18/4/2017, conforme doc. 21, p. 133-137.

Notificação do fiscal do contrato à Concessionária novamente por atraso no pagamento da outorga e pelo não pagamento das multas contratuais, doc. 22, p. 122-124.

Notificação do fiscal do contrato à Concessionária pela incompletude da multa no atraso de pagamento, em 30/8/2017, doc. 22, p. 137-138.

Notificação do fiscal do contrato à Concessionária pelo atraso no pagamento da outorga de junho/2017, doc. 22, p. 156-158.

Notificação do fiscal do contrato à Concessionária, em 18/12/2017, sobre atraso no pagamento da outorga de novembro/2017, doc. 23, p. 54-56.

Notificação do fiscal do contrato à Concessionária, em 22/3/2018, sobre atraso no pagamento da outorga de fevereiro/2018, doc. 23, p. 142-144.

DÉBITO DE ISS-DECRETO 104/2016 (PAGAMENTO DA TARIFA EM MÚLTIPLOS DE 15 MINUTOS)

Ofício Idesc 78/2018, de 3/5/2018, pela gestora do contrato 5/2016, notificou a concessionária sobre débito de ISS e pagamento irregular da outorga sobre receita líquida, cobrando regularização em 48 horas, débito de R\$ 41.902,83, doc. 24, p. 16-18.

Resposta da Concessionária, informando que recolheu o ISS a menor por impedimento instrumental criado pelo setor de tributação do Município, tendo regularizado (doc. 24, p. 37- confissão e parcelamento de dívida), doc. 24, p. 33.

Notificação do fiscal do contrato à Concessionária, em 13/12/2017, sobre desrespeito ao Decreto 104/2016, que regulamentou o serviço

e permite pagamento do estacionamento em múltiplos de 15 minutos, o que não vem sendo disponibilizado pela Concessionária. A reclamação foi feita pelo Ministério Público, doc. 23, p. 28-34.

Resposta da Concessionária, informando que o sistema atual não permite a cobrança em múltiplos de 15 minutos e que a alteração levará 60 dias aproximadamente, doc. 23, p. 62.

Manifestação do fiscal do contrato, em 19/12/2017, rejeitando as alegações da concessionária e notificando-a para que cumpra, em 10 dias úteis, sob pena de abertura de processo para aplicação de sanções administrativas previstas em lei, doc. 23, p. 66-69, p. 137-141.

Ofício Idesc 79/2018, de 3/5/2018, pela gestora do contrato 5/2016, notificando a concessionária a corrigir em 5 dias as irregularidades apontadas no relatório de fiscalização, constante no doc. 24, p. 20-21, (ausência de monitores, má distribuição de monitores, fazendo com que cada monitor fique responsável por mais de 100 vagas - número máximo previsto no contrato-, ausência dos sensores de massa metálica, ausência de um site da concessionária com informações aos usuários, impossibilidade de fracionamento do pagamento em múltiplos de 15 minutos, datado de 2/5/2018, doc. 24, p. 19.

Resposta da concessionária, em 10/5/2018, informando que o número e a distribuição dos monitores estão adequados pois tem 30 monitores para 1112 vagas; não é recomendado pelas leis de trânsito o uso de placas para indicar o uso de apps, sendo que colocará "gravatas" nas placas e já distribuiu panfletos e os monitores portam "pirulitos" para tal finalidade; a implantação de sensores de vagas é procedimento inócuo frente ao Digipare; o APP rotativo digital já foi retirado da plataforma; o site da concessionária foi retirado do ar por força de incongruências técnicas, fato que está sendo sanado para os próximos 60 dias; o sistema atual abarca uma tolerância de 10 minutos para compra do ticket ou emissão de uma ACT, correspondente a duas horas no valor de R\$ 4,00 e um bônus de 2 horas de utilização no sistema, razão pela qual não foi implantando o fracionamento do tempo de uso em 15 minutos, sugerindo-se que se for o caso o fracionamento inicial mínimo seja de 30 minutos e depois disso de 15 em 15 minutos, de modo a ser compatível com o contrato e a beneficiar o usuário, doc. 24, p. 39-45.

Manifestação do fiscal do contrato, em 28/5/2018, rejeitando os argumentos da concessionária quanto à má distribuição dos monitores, à não instalação dos sensores, o não fracionamento do pagamento em múltiplos de 15 minutos, a falta de divulgação eficaz dos recursos eletrônicos, a falta de site da empresa para prestar informações aos usuários, doc. 24, p. 64-66.

TOLERÂNCIA DE 15 MINUTOS-LEI 5814/2017

Notificação do fiscal do contrato à concessionária para que responda sobre o cumprimento do disposto na alteração do artigo 9º da Lei 5.560/2016, pelo artigo 1º da Lei 5814/2017, a respeito da tolerância de 15 minutos sem pagamento da tarifa do rotativo, tendo em vista as solicitações WEB 1612.2018-87 e 1622.2018-11, tendo em vista que o ofício Idesc/Dipre 42/2018, de 13/3/2018 (doc. 24, p. 31), solicitou o imediato cumprimento da legislação acerca do assunto, doc. 24, p. 27.

Resposta da concessionária, em 14/5/2018, informando que a lei 5814/2017 é posterior ao contrato e a ele não se aplica, uma vez que sua aplicação macularia o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo as reclamações a esse título inócuas e insubsistentes, doc. 24, p. 49.

RECLAMAÇÃO DOS USUÁRIO SOBRE AUSÊNCIA DE MONITORES E FALTA DE CORTESIA NO TRATAMENTO

Reclamação de usuário quanto a comportamento abusivo de empregados da Concessionária, protocolo 546,2017-63 doc. 23, p. 11.

Reclamação de usuário contra a concessionária, protocolo 678.2017-88, em 3/12/2017, doc. 23, p. 58.

Reclamação apresentada pelo Ministério Público do Espírito Santo MPES, em 5/2/2018, sobre má prestação de serviços pela concessionária, doc. 23, p. 91.

Reclamação apresentada contra a concessionária por falta de rampa acessível a cadeirante em seu escritório, doc. 23, p.118.

Reclamação de usuário quanto à falta de monitores para cobrança e comportamento abusivo dos empregados da Concessionária, protocolo 1422.2018-75, doc. 24, p. 4.

Reclamação de usuário quanto à falta de monitores para cobrança e comportamento abusivo dos empregados da Concessionária, protocolo 1391, 2018-75 doc. 24, p. 7.

Em 2/10/2018 o fiscal do contrato apresentou nove Relatório de Fiscalização, doc. 24, p. 127-135, em que comprova a manutenção das mesmas irregularidades apontadas no relatório de 2/5/2018, quais sejam: *i*) ausência de informação aos usuários sobre o uso da tecnologia para utilização do sistema de rotativo em Campo Grande; *ii*) má distribuição dos Monitores em alguns logradouros; *iii*) inexistência dos sensores de monitoramento em tempo integral, em discordância com a Proposta Técnica apresentada; *iv*) impossibilidade de aquisição de crédito, via App, referente aos 15 (quinze), 30 (trinta) e 45 (quarenta e cinco) minutos, conforme determina a legislação; *v*) irregularidades referente a outorga; e *vi*) falha nos recolhimentos de tributos (em débito com o ISS doc. 24, p. 135).

Conforme mostrado, esta Fiscalização afirma que o Contrato não está sendo cumprindo em sua plenitude pela Concessionária, mesmo após diversas notificações. (doc. 24, p. 135)

O anexo ao relatório de fiscalização elaborado em 2/10/2018, (Doc. 24, p. 136), ilustra bem a postura maliciosa e a má-fé da concessionária na execução

contratual, podendo-se verificar que, no período de 18/4/2017 a 17/5/2018, o fiscal teve que fazer 21 notificações buscando o cumprimento do contrato, sem, contudo, obter sucesso:

ANEXO - RELAÇÃO DE NOTIFICAÇÕES

Edital de Concorrência Pública nº 001/2016

Processo: 004/2016

NOTIFICAÇÕES ENVIADAS AO CONSÓRCIO			
Data	Processo Vol.	Página (Intervalo)	Motivo
18/04/2017	V	884 - 888	Juros ref. aos meses de Jan/17 e Fev/17
18/04/2017		887 - 888	Atas de repasse e Juros ref. ao mês de Mar/17
19/04/2017		899 - 1000	Solicitação de documentação
22/05/2017		1030 - 1035	Atas de repasse e Juros ref. ao mês de Abr/17
23/05/2017		1038 - 1040	Juros ref. ao mês de Abr/17
18/06/2017		1054 - 1055	Solicitação de informações relativas ao Sistema
02/08/2017		1119	Solicitação de informações ref. aos meses de Maio/17 e Jun/17
15/08/2017		1170 - 1172	Juros ref. ao mês de Maio/17
30/08/2017		1184 - 1186	Juros ref. ao mês de Maio/17
19/09/2017		1201 - 1204	Juros ref. ao mês de Maio/17
13/11/2017	VI	1222 - 1239	Contra Notificação - Possível alteração de Consórcio
15/12/2017		1273 - 1294	Cumprimento de possibilidade de fracionamento de tempo (15min)
18/12/2017		1293 - 1300	Juros ref. ao mês de Nov/17
19/12/2017		1383 - 1387	Solicitação a possibilidade de cobrança ref. aos 15 min.
22/03/2018		1392 - 1394	Juros ref. ao mês de Fev/18
09/03/2018		1441 - 1443	Cobrança de diferença entre Líquido e Bruto
09/03/2018		1444 - 1445	Solicitação de informações das irregularidades apontadas no relatório de fiscalização
10/03/2018		1444	Cobrança de diferença entre Líquido e Bruto ref. ao mês de Abr/18
13/03/2018		1455 - 1457	Relatório quanto à aplicação da tolerância de que trata a Lei nº 581-6/2017
16/05/2018		1474 - 1477	Cobrança da diferença Líquido x Bruto desde Maio/17
17/05/2018	1483 - 1482	Cobrança da diferença entre Líquido x Bruto ref. ao mês de Maio/18	

Em face da recusa da concessionária em adequar o sistema de cobrança para permitir o pagamento em múltiplos de 15 minutos, o fiscal do contato requereu, em 9/4/2018, ao Sr. Diretor-Presidente do Idesc a abertura de processo administrativo sancionatório contra a Concessionária, pedindo aplicação da multa de 10% prevista no subitem 6.1.2 do Contrato de Concessão 5/2016, doc. 23, p. 171-173.

O Despacho de 9/4/2018 do Diretor-Presidente do Idesc mostra a solicitação ao Diaf para abertura de processo administrativo sancionatório contra a Concessionária, doc. 23, p. 174. Contudo, apesar desse despacho e da informação nesse sentido nos esclarecimentos prestados pelos Responsáveis, não foi trazida ao presente processo cópia do referido processo administrativo sancionatório.

Salienta-se, também, que depois do requerimento de abertura do processo sancionatório contra a Concessionária acima citado, em duas oportunidades a Gestora do contrato encaminhou o Processo Administrativo da Licitação 4/2016 ao Sr. Diretor-Presidente do Idesc a fim de que tomasse providências a respeito do reiterado descumprimento contratual por parte da concessionária, não obstante todas as notificações feitas pelo fiscal do contrato, demonstrando que o processo sancionatório pode não ter sido, ainda, instaurado.

Despacho da gestora do contrato, em 28/5/2018, enviando o processo ao Diretor-Presidente para adotar providências quanto às irregularidades e descumprimentos contratuais por parte da concessionária, já que esta se recusa a cumprir o contrato e as leis que disciplinam o serviço de estacionamento rotativo, doc. 24, p. 67.

Despacho da gestora do contrato, em 2/10/2018, enviando o processo ao Diretor-Presidente para adotar providências quanto às irregularidades e descumprimentos contratuais por parte da concessionária, já que esta se recusa a cumprir o contrato e as leis que disciplinam o serviço de estacionamento rotativo, doc. 24, p. 189.

As irregularidades apontadas na representação são graves e já estão causando danos ao erário e aos usuários do serviço, além do enriquecimento ilícito da concessionária, como observado nos fluxos de caixa constantes nos apêndices 157, 158 e 159 (docs 14-16 do Processo TC 3684/2018) ao Relatório de Auditoria 16/2018 do Processo TC 3684/2018 (doc. 13).

A conduta temerária da concessionária revela sua intenção deliberada de descumprir o contrato e de não realizar os investimentos a que está obrigada pelo edital, pelo contrato e por suas próprias propostas técnica e comercial, uma vez que se está prestes a completar dois anos de execução contratual e foram instalados apenas três dos 1.200 sensores de massa metálica, que representam cerca de 85% dos investimentos a serem feitos.

Somado a isto, as repostas da concessionária quanto aos descumprimentos contratuais e normativos dão mostra que ela pretende: *i)* não fazer os investimentos em sensores, pois alega que eles são obsoletos frente ao sistema Digipare; *ii)* não cumprir o Decreto 104/2016 no que diz respeito ao pagamento da tarifa em múltiplos de 15 minutos; *iii)* não cumprir a Lei Municipal 5814/2016, que criou a tolerância de 15 minutos iniciais sem

pagamento de tarifa; iv) não pagar corretamente o valor da outorga; e v) não pagar o ISS.

Pelo menos quanto a estas cinco irregularidades, pode-se dizer que não há como transigir e aceitar a postura da concessionária.

Em relação aos sensores de massa metálica, além de ilegal é imoral que a concessionária não os instale, uma vez que se trata de investimento obrigatório previsto no edital e que, portanto, integra o preço da tarifa do serviço e do valor de outorga ofertado.

Aceitar esse descumprimento significa enriquecer ilicitamente a concessionária, além de representar descrédito ao Poder Concedente, que exigiu elevado nível de serviço no edital e no contrato (com investimentos de grande monta) e passados quase dois anos de execução não adotou as medidas cabíveis para tornar efetivo esse nível de serviço, tolerando a injustificada resistência da concessionária em cumprir suas obrigações.

Diz-se que há enriquecimento da concessionária porque o custo com a compra e instalação dos sensores de massa metálica está previsto em sua proposta comercial, doc. 21, p. 16, que integra o contrato por força de disposição editalícia. Diz-se que há descrédito do Poder concedente porque o cronograma de atividades da proposta comercial da concessionária, doc. 20, p. 205-206, prevê a instalação dos sensores nas semanas 3 e 4 do mês segundo mês posterior à assinatura do contrato de concessão.

Oportuno trazer à colação a manifestação técnica da equipe de auditoria, no Processo TC 3634/2018 (RA 16/2018 - doc. 13, p.88-90), refutando o argumento de que apenas com o uso do sistema informatizado Digipare se obteria o mesmo nível ou nível superior de serviço em relação ao nível obtido com a implantação dos sensores de massa:

O Termo de Referência determina a utilização de sensores de vagas e traz especificação do sistema de informação, dos servidores e softwares de aplicação, entre outros.

(...)

3.8. Em cada vaga de automóvel (veículo de 04 rodas) deverá ser instalado um SENSOR que permitirá a gestão das mesmas -"VAGA INTELIGENTE".Ao identificar um veículo estacionado na vaga, o sensor transmitirá ao sistema de gestão e controle as seguintes informações:

3.8.1. Detecção automática do veículo na vaga por sensor de presença;

3.8.2. Deverá ser revestido com material resistente a impacto;

3.8.3. Resistência á compressão de 4 Ton. ou superior;

[...]

3.8.4. Interface sem fio de comunicação de dados para informação ao equipamento eletrônico de controle multi-vagas, em tempo real, das mudanças de status de vaga a saber: vaga ocupada, vaga desocupada;

3.8.5. Momento (horário) da ocupação da Vaga;

3.8.6. Momento (horário) da desocupação da Vaga;

[...]

Quanto à regularidade da inexecução do investimento em sensores de vaga, não se vislumbra pertinência na afirmação de que um aplicativo diferente irá realizar a função de um equipamento que verifica a presença de veículos em vagas físicas.

Neste sentido, cumpre trazer a descrição contida na proposta do Consórcio TCE/IMOB.

[...]

Caso o Condutor do veículo não efetue a ativação da vaga, este procedimento poderá ser realizado automaticamente quando um dos monitores verificar a situação do veículo estacionado, consultando a placa e debitando créditos disponíveis caso haja. Um recibo impresso e enviado através de e-mail para o condutor cadastrado.

[...]

O monitor da concessionária ou o agente de trânsito competente, ao consultar e identificar veículo estacionado na vaga de forma irregular (sem créditos/pagamento para o local no momento da fiscalização) irá imprimir o "Aviso de Irregularidade" que constará local da infração, data, horário, informando o usuário telefone, endereço, site e forma de regularização, através de valores seguidos da Tabela especificada em edital.

[...]

A solução de sensor de vaga de estacionamento TECHPARK, foi desenvolvida a partir de uma tecnologia com parâmetros AMR (Anisotropic Magneto-Resistive). Quando um corpo metálico entra na área de detecção, um sinal é enviado ao sistema de controle (via rádio frequência) realizando a transmissão deste sinal para a base de dados, onde se encontram todas as informações sobre as áreas dos sensores.

Esta base fornece informações a um painel concentrador que apresenta o status (em tempo real) de ocupação das áreas (vagas de estacionamento). A base de dados também transmite de forma on line os status e as alterações realizadas nas vagas para o sistema de gestão de retaguarda.

Desta maneira é possível acompanhar em tempo real todas as informações sobre qualquer tipo de alteração que ocorra nas vagas, permitindo assim uma resposta imediata.

O SENSOR INTELIGENTE DE VAGAS, tem a função de MONITORAR os veículos que possuem ou não créditos válidos de estacionamento de forma automática. Na prática, o sensor substitui a presença do monitor na efetivação desta tarefa de monitorar os veículos estacionados.

[...]

- Diferentemente dos monitores, os sensores atuam de forma integral e pontual em cada vaga -24/7 - ou seja, 24 horas por dia durante os 7 dias da semana.[...]

(g.n)

Portanto, a proposta do Consórcio TECHMOB deixa claro que a tarefa de monitorar a ocupação de vagas é melhor realizada pelo sensor que atua pontualmente ao longo do período de estacionamento rotativo, diferente do monitor (pessoa) que irá percorrer uma rota.

Resta demonstrado, nos termos da proposta do Consórcio TECHMOB, que não procede a afirmação de que o programa de computador DIGIPARE substitui sensores de vagas.

Corroborar a afirmação acima a informação constante do site da empresa Areatec Tecnologia e Serviços Ltda EPP⁵⁵, proprietária do programa de computador DIGIPARE, de que também comercializa sensor para controle de vagas em estacionamentos rotativos (Figura 2)

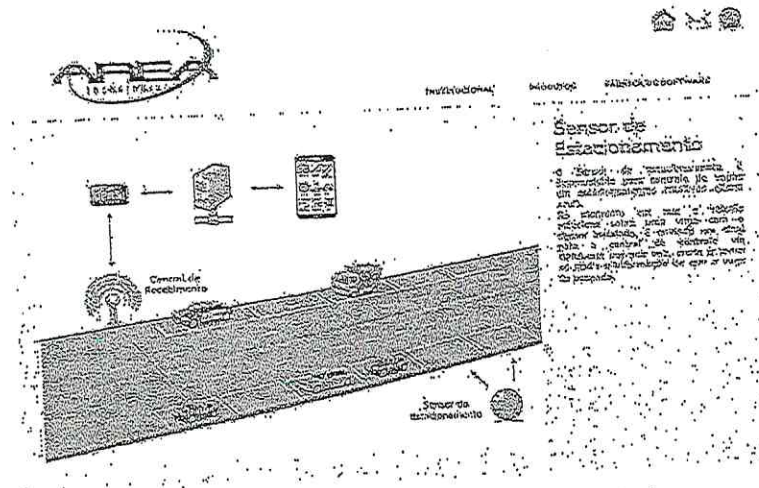


Figura 2 – Imagem do site da empresa do DIGIPARE.

Além do acima exposto, os sensores propiciam um melhor nível do serviço e ajudam a melhorar a mobilidade urbana, uma vez que abastecem o aplicativo com as informações da localização exata das vagas disponíveis em cada uma das ruas, evitando que os motoristas fiquem transitando desnecessariamente a procura de estacionamento.

Tal característica foi, inclusive, destacada como uma das vantagens do sistema informatizado segundo a "JUSTIFICATIVA DE IMPLANTAÇÃO DO ESTACIONAMENTO ROTATIVO NA CIDADE DE CARIACICA (doc. 17, p. 32-33):

5.3.3. Sistema Eletrônico Informatizado

Implementar o rotativo pago através de controle automático por meio de "sistemas eletrônicos informatizados" seja do tipo "talão azul eletrônico" telefones celulares ou meios virtuais pela Internet, que permitam ao usuário comprar créditos por diversas maneiras, e para o setor público, controle sobre a arrecadação, oferecendo as seguintes vantagens:

- ✓ Diversidade de formas de pagamento.
- ✓ Facilidade ao usuário na aquisição de tempo/credito de estacionamento, simplicidade no uso através do telefone celular ou smartphones, rapidez na identificação e Utilização dos equipamentos, transações simplificadas, reordenamento e ampliação da oferta de vagas para o estacionamento de veículos.
- ✓ Controle, por parte do Poder público, sobre a arrecadação, on-line.
- ✓ Informação de vagas disponíveis para o usuário, on-line, a partir de seu smartphone ou tablete. (destacou-se)

Quanto ao descumprimento do Decreto 104/2016 no que diz respeito ao pagamento da tarifa em múltiplos de 15 minutos e da Lei Municipal 5814/2016, que criou a tolerância de 15 minutos iniciais sem pagamento de tarifa, a conduta é afrontosa e lesiva aos usuários do serviço público, merecendo resposta firme e imediata do Poder Concedente, de modo a deixar claro à concessionária que ela explora um serviço público em regime de concessão e não um serviço privado.

Tal discernimento é fundamental, uma vez que a implantação do estacionamento rotativo público nas cidades não é um fim em si mesmo, ou seja, não visa unicamente o lucro da concessionária, visando também e, principalmente, dar resposta aos problemas de mobilidade urbana, proporcionar a rotatividade das vagas destinadas aos veículos automotores, e respeitar a modicidade tarifaria e a cortesia na prestação dos serviços, como disciplina o artigo 6º da Lei 8.987/95.

Art. 6º 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, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço. (destacou-se)

Ademais, no tocante à Lei 5814/2016, cabe observar que ela continua válida e deve ser cumprida até que seja declarada inconstitucional ou inaplicável ao caso concreto, sendo oportuno comentar que não se analisou tal questão nesta peça em razão da exiguidade de prazo, uma vez que a presente análise técnica destina-se a verificar o preenchimento dos requisitos para a concessão de cautelares nesta Corte de Contas e a consequente adoção da medida acautelatória cabível.

Quanto ao pagamento correto do valor da outorga, é também inadmissível a postura da concessionária diante da clareza dos subitens 10.2.4 e 10.2.10 do edital, 2.1 do contrato e de sua própria proposta comercial, ao preverem que a base de cálculo é a receita bruta auferida, como se pode verificar a seguir:

CONTRATO

10.2.4. O valor a ser repassado mensalmente ao Poder Concedente, será proposto na forma de percentual sobre a receita bruta total apurada pela arrecadação do sistema de estacionamento rotativo e pagamentos de avisos de irregularidade.

[...]

10.2.10. Os valores a serem repassados mensalmente ao Poder Concedente, em conformidade com o que estabelece o item 10.2.4.1 e seguintes deste Edital, serão apurados de acordo com a seguinte forma:

$$VRM = K \times RTA$$

onde:

VRM = Valor do Repasse Mensal;

K = Percentual de repasse ao Poder Concedente de, no mínimo, 10% (Dez por cento);

RTA = Receita Bruta Total Apurada no Sistema, relativa à arrecadação do serviço de estacionamento rotativo.

1 0.2.12. A proposta comercial da Proponente vencedora do certame, bem como os demais documentos referidos neste capítulo, que deverão estar contidos no Envelope nº 03 -Proposta Comercial, serão partes integrantes do contrato de concessão.

EDITAL

2. 1. Fica ajustado entre o CONCEDENTE e a CONCESSIONÁRIA o percentual de 12% (doze por cento) do valor bruto arrecadado ao mês, em reais ou moeda que vier a substituir.

Já quanto ao não pagamento do ISS, é dever da concessionária manter durante toda vigência do contrato as condições de habilitação na licitação, como preceitua o artigo 55, inciso XIII, da Lei 8.666/93, aplicável à concessões de serviços públicos, sendo inadmissível a inadimplência tributária:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Além dessas cinco irregularidades, é preciso analisar com mais profundidade – o que não pode ser feito nesse momento em face da análise perfunctória característica das medidas cautelares – a manutenção ou não dos requisitos de

habilitação por parte da empresa Techpark, uma vez que restou comprovado no Processo Licitatório 4/2016 do Idesc que a empresa T.I. Mob não mais integra efetivamente o consórcio Techmob, como se pode verificar a seguir:

Notificação da T.I. Mob, em 1/9/2017, acusando a Techpark de ter iniciado a operação do rotativo em 9/1/2017 sem sua participação e em conjunto com outra empresa que não participou da licitação, doc. 22, p. 177-, alterando ilegalmente e informalmente a constituição do consórcio. A notificação informa que em 9/3/2017 a T.I. Mob, a Techpark e o Idesc concordaram com o contrato de compra e venda em que a primeira vendia os 5% de sua participação no consórcio à Techpark. Pediu sua retirada do consórcio, formalmente, e alertou para o cometimento de ato de improbidade por estar sendo o contrato executado por empresa que não participou da licitação.

Contranotificação do Idesc, doc. 22, p. 184-187 alegando desconhecer o contrato de compra e venda, desconhece o fato de o contrato estar sendo executado por empresa que não participou da licitação e não anuiu a qualquer pedido de alteração do consórcio.

Notificação do Idesc à Techpark, em 13/11/2017, para esclarecer os fatos trazidos na notificação da T.I. Mob, doc. 22, p. 188-191. Não houve resposta da concessionária e nem decisão alguma do Idesc sobre o assunto.

Ofício Idesc/Gedec 68/2018, de 19/4/2018, requer cópia do contrato mantido com a empresa Areatec, operadora do sistema Digipare, doc. 24, p. 1. A concessionária não apresentou a cópia requerida nem qualquer justificativa, não tendo sido novamente interpelada pelo Idesp.

Fato é que as cinco irregularidades acima descritas, que continuam sendo praticadas pela concessionária, configuram mais do que o fundado receio de grave lesão ao erário e ao direito alheio (direitos dos usuários), uma vez que o erário e os direitos dos usuários foram e continuam sendo lesados ininterruptamente pela concessionária, de forma deliberada e em claro procedimento malicioso e de má-fé, caracterizando o primeiro pressuposto para a concessão da cautelar.

Do risco de ineficácia da decisão de mérito

A inércia do Sr. Diretor-Presidente do Idesc está contribuindo para a postura da concessionária, uma vez que há muito se justifica a notificação da empresa Techpark (líder do Consórcio Techmob, que ao que tudo indica existe apenas formalmente) a fim de regularizar a situação, sob pena de abertura de processo de inadimplência e consequente decretação da extinção da concessão pela

caducidade, na forma dos artigos 35, III, §§ 2º e 3º, e 38, § 1º, I, II, VI e §§ 2º a 6º, ambos da Lei 8.987/95 que a seguir se transcreve:

Art. 35. Extingue-se a concessão por:

[...]

III - caducidade;

[...]

§ 2º Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários.

§ 3º A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis.

Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

I - o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

II - a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;

[...]

VI - a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e

[...]

§ 2º A declaração de caducidade da concessão deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa.

§ 3º Não será instaurado processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no § 1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais.

§ 4º Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.

§ 5o A indenização de que trata o parágrafo anterior, será devida na forma do art. 36 desta Lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.

§ 6o Declarada a caducidade, não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária.

Diz-se isto porque a cada dia que passa a postergação dos investimentos pela concessionária, os descumprimentos das normas que regulam os serviços, o pagamento incorreto da outorga e a inadimplência do ISS vêm aumentando o enriquecimento ilícito da concessionária e os danos ao erário municipal e aos usuários dos serviços, que poderiam estar recebendo serviço de melhor qualidade e pagando uma tarifa menor em decorrência da realização dos investimentos obrigatórios em sensores de massa metálica, uma vez que isso impacta favoravelmente a concessionária no fluxo de caixa do empreendimento, como afirmado no Relatório de Auditoria-RA 16/2018 (doc. 13 do Processo TC 3684/2018 e comprovado nos apêndices ao RA (docs. 14-16 do processo TC 3684/2018).

Somado a isto, temos que o contrato não previu nenhuma modalidade de garantia de execução pela concessionária, o que deixa o Poder Concedente sem qualquer segurança para buscar o ressarcimento dos prejuízos já experimentados, sendo icônico nesse sentido a existência de débito de ISS e seu parcelamento em 60 prestações ainda no primeiro ano de vigência da concessão.

Quanto à discricionariedade do Poder Concedente em relação à decretação da caducidade ou à aplicação das sanções contratuais, prevista no *caput* do artigo 38 da Lei 8.987/95, Marçal Justen Filho⁷ ensina que tal discricionariedade não é absoluta, sendo a caducidade um dever imposto ao Estado quando restar claro que não atingirá o objetivo pretendido com a delegação do serviço sem a substituição da concessionária, uma vez que apenas sua punição não será suficiente para alcançar o interesse público almejado.

⁷ Justen Filho, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 593-594.

XI.6.5) Escolha entre caducidade e outras sanções

A Lei de concessões reconhece ao poder concedente a faculdade de escolher a sanção cabível para sancionar o concessionário. Mas a utilização da expressão "a critério do poder concedente" não deve iludir o intérprete. A margem de liberdade de escolha não é assim tão ampla.

[...]

XI.6.6) Natureza da sanção da caducidade

[...]

Já a caducidade deriva da avaliação da impossibilidade de obter resultados mais satisfatórios se o concessionário permanecer a mesma. Extingue-se a concessão porque a conduta do concessionário é defeituosa a ponto de autorizar previsão de desastres futuros. Aquele que propiciou ocorrência de defeitos graves revela-se mal prestador do serviço. A extinção da concessão, e dever imposto ao Estado sob pena de ser responsabilizável pelos danos cuja ocorrência é previsível.

A caducidade da concessão é, portanto, instrumento de realização do interesse público, muito mais do que via de punir o concessionário. A punição ao concessionário não traduz maior vantagem para a interesse coletivo. Realiza-se, o interesse público, por via da caducidade, pela perspectiva da elevação da qualidade dos serviços. A gravidade das infrações praticadas pela concessionária autoriza presumir que esse objetivo não será atingível sem sua substituição. (destacou-se)

Diante das razões expostas, entende-se que devam ser adotadas medidas cautelares tendentes a cessar os danos que vem sendo perpetrados pela concessionária ao erário e aos usuários, sob risco de ineficácia de sua adoção na decisão de mérito, restando, portanto, caracterizado o segundo pressuposto para a concessão de cautelares perante o TCE-ES, qual seja o risco de ineficácia da decisão de mérito.

Quanto à medida cautelar a ser adotada, entende-se que não seja recomendável, no momento, a suspensão da cobrança da tarifa por dois motivos.

O primeiro motivo é a efetiva prestação dos serviços pela concessionária, mesmo que em descompasso com os padrões mínimos exigidos no edital, no contrato e previstos em suas propostas técnica e comercial.

Como é inconteste, algum serviço está sendo prestado pela a concessionária, sendo certo que isto acarreta despesas operacionais. Dessa forma, mostra-se

temerário retirar-lhe, abruptamente, toda a fonte de receitas, uma vez que tal medida impactaria diretamente em sua sobrevivência e na de seus empregados.

O segundo motivo é a inexistência, no edital e no contrato de concessão, de mecanismos de vinculação da remuneração da concessionária ao seu desempenho na execução do serviço concedido, o que, também, representa uma barreira para a redução de suas receitas.

Urge, como dito, a adoção de medidas firmes tendentes a cessar definitivamente a inadimplência contratual e normativa da concessionária, na forma preconizada no artigo 38 da Lei 8.987/95.

Diante do exposto, sugere-se **determinar cautelamente ao Sr. Diretor-Presidente do Idesc e ao Sr. Prefeito de Cariacica que, imediatamente, notifiquem o Concessionário Consórcio Techmob, a fim de que:**

- a) calcule e pague, imediatamente, o valor da outorga ao Idesc sobre a receita bruta da concessão, na forma dos subitem 2.1 do Contrato de Concessão 5/2016;
- b) pague ou parcele, imediatamente, as diferenças e multas decorrentes do pagamento irregular da outorga ao Idesc, bem como do ISS em atraso;
- c) cumpra, imediatamente, o Decreto 104/2016 e a Lei 5814/2016, implantando o pagamento da tarifa em múltiplos de 15 minutos e respeitando a tolerância de 15 minutos iniciais sem pagamento da tarifa;
- d) instale e coloque em funcionamento integrado com o aplicativo de estacionamento e com o sistema operacional e de fiscalização, no prazo de 180 dias, os 1.200 sensores de massa metálica, na forma e características previstas no Edital, no Termo de Referência e no Contrato de Concessão 5/2016.

Na notificação enviada ao Concessionário deverá obrigatoriamente constar a advertência de que, em caso de descumprimento, será instaurado contra ele

processo administrativo para reconhecimento e decretação de extinção contratual por caducidade, na forma prevista no artigo 38 da Lei 8.987/95.

Salienta-se que a adoção das medidas acima elencadas não impede a aplicação das sanções contratuais e legais à concessionária, assim como não impede que ela seja acionada para ressarcir eventuais prejuízos causados ao erário e a terceiros.

7. CONCLUSÃO

Com relação ao presente processo, após análise técnica, conclui-se que estão presentes os pressupostos de admissibilidade da representação, bem como os pressupostos para concessão de cautelares, quais sejam o fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e o risco de ineficácia da decisão de mérito, nos termos do artigo 376 do Regimento Interno do TCEES (RITCEES) aprovado pela Resolução TC 261/2013, conforme fundamentação contida nos itens 3 e 6 da presente Manifestação Técnica.

Não foi tratada nesta peça a questão do alegado vício de inconstitucionalidade da Lei 5814/2016, tendo em vista se tratar de matéria que exige análise mais aprofundada e detida, cuja realização não foi possível em virtude da exiguidade de prazo para tal.

8. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade da representação, bem como os pressupostos para a concessão de medidas cautelares, encaminha-se o processo à consideração superior com as seguintes propostas de encaminhamento.

8.1 Conhecer a Representação, conforme fundamentação contida no item 3 desta Manifestação Técnica.

8.2 Rejeitar a preliminar suscitada pelos Responsáveis, conforme fundamentação contida no item 4 desta Manifestação Técnica.

8.3 Em atenção ao artigo 376 e 377, inciso IV, do RITCEES⁸, conforme fundamentação contida no item 6 desta Manifestação Técnica, **determinar cautelarmente ao Sr. Diretor-Presidente do Idesc e ao Sr. Prefeito de Cariacica que, imediatamente, notifiquem o Concessionário Consórcio Techmob**, a fim de que:

- a) calcule e pague, imediatamente, o valor da outorga ao Idesc sobre a receita bruta da concessão, na forma do subitem 2.1 do Contrato de Concessão 5/2016;
- b) pague ou parcele, imediatamente, as diferenças e multas decorrentes do pagamento irregular da outorga ao Idesc, bem como do ISS em atraso;
- c) cumpra, imediatamente, o Decreto 104/2016 e a Lei 5814/2016, implantando o pagamento da tarifa em múltiplos de 15 minutos e respeitando a tolerância de 15 minutos iniciais sem pagamento da tarifa;
- d) instale e coloque em funcionamento integrado com o aplicativo de estacionamento e com o sistema operacional e de fiscalização, no prazo de 180 dias, os 1200 sensores de massa metálica, na forma e características previstas no Edital, no Termo de Referência e no Contrato de Concessão 5/2016.

⁸ Art. 376. No início ou no curso de qualquer processo, o Tribunal poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares, observado o rito sumário previsto nos arts. 306 a 312 deste Regimento, desde que presentes os seguintes requisitos:

I - fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio; e

II - risco de ineficácia da decisão de mérito.

Parágrafo único. Em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator ou do Presidente, na hipótese do art. 20, inciso XXI deste Regimento, devendo ser submetidas à ratificação do Tribunal na primeira sessão subsequente, sob pena de perda de eficácia da decisão.

Art. 377. O Tribunal, dentre outras medidas cautelares previstas em sua Lei Orgânica, poderá determinar à autoridade competente:

IV - a adoção de providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada qualquer ilegalidade. (destacou-se)

Na notificação enviada ao Concessionário deverá obrigatoriamente constar a advertência de que, em caso de descumprimento, será instaurado, contra ele processo administrativo para reconhecimento e decretação de extinção contratual por caducidade, na forma prevista no artigo 38 da Lei 8.987/95.

8.4. Em atenção ao artigo 307, §§ 3º e 4º, do RITCEES, notificar a autoridade competente, para que se pronuncie, no prazo de até 10 dias, bem como para que, no prazo assinalado, cumpra a decisão, publique extrato na imprensa oficial quanto ao teor da decisão e comunique as providências adotadas ao Tribunal.

8.5 Em atenção ao artigo 277, §1º c/c os artigos 278 e parágrafo único e 280 todos da Res. TC 261/2013 (RITCEES), apensar o presente processo ao Processo TC 3684/2018, com a tramitação e prática de atos processuais no Processo TC 3684/2018, por estar em fase mais adiantada de instrução, sugerindo-se a elaboração de ITI complementar e nova citação dos Responsáveis, uma vez que a Representação contém supostas irregularidades que não foram apontadas no Processo TC 3684/2018, tudo conforme fundamentação contida no item 5 desta Manifestação Técnica.

Sugere-se que seja expedida comunicação de diligência aos Responsáveis a fim de trazerem cópia integral de eventuais processos sancionatórios instaurados contra a concessionária por inadimplência contratual ou normativa.

Sugere-se ainda, que, concedida a medida cautelar, o processo siga o rito sumário, dando-se ciência da decisão ao Representante, na forma dos artigos 306 e 307, § 7º, do RITCEES.

DILMAR GARCIA MACEDO
AUDITOR DE CONTROLE EXTERNO
MAT. 203.596