



Decisão 00148/2020-1 - Plenário
Produzido em fase anterior ao julgamento

Processos: 07670/2018-4, 03684/2018-9

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

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

Relator: Marco Antônio da Silva

Representante: SERGIO CAMILO GOMES

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

**REPRESENTAÇÃO – CONHECER – INDEFERIR
CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR – CIÊNCIA –
RITO ORDINÁRIO.**

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SUBSTITUTO MARCO ANTONIO DA SILVA:

Tratam os presentes autos de Representação com pedido de concessão de medida cautelar, protocolizada nesta Corte de Contas pelo Sr. Sérgio Camilo Gomes, Vereador de Cariacica, em face da Prefeitura Municipal de Cariacica e do Instituto de Desenvolvimento do Município de Cariacica - IDESC, noticiando a ocorrência de supostas irregularidades no Contrato Administrativo 5/2016 (Concorrência Pública 1/2016) Processo Administrativo 4/2016-IDESC.

Em apertada síntese, alega o representante o seguinte:

- Ausência de gestão do contrato administrativo 005/2016, originário da Concorrência Pública 01/2016-processo administrativo 004/2016;
- 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);

CH/RC

- Não observância da tolerância de 15 minutos estabelecida na Lei Municipal 5814/2017;
- Expansão do estacionamento rotativo para áreas residenciais, em desacordo com as justificativas que embasaram o processo de concessão do serviço;
- Proposta da concessionária dissociada do interesse público, visando somente a arrecadação de tarifas.

Inicialmente, nos termos da Decisão Monocrática 1661/2018, o Eminentíssimo Conselheiro Domingos Augusto Taufner, determinou a expedição das 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 apresentarem as justificativas e documentos que entendessem necessários, tendo os responsáveis, devidamente notificados, apresentado esclarecimentos (doc.16 e 17 a 26).

Instada a se manifestar, a área técnica, nos termos da Manifestação Técnica 1265/2018-6, sugeriu o **conhecimento** da presente representação, **o indeferimento da concessão da medida cautelar**, bem como a **rejeição da preliminar** suscitada que arguiu ausência de prova, o que ensejaria o não conhecimento da representação, **o apensamento dos autos ao Processo TC 3684/2018**, já em fase mais adiantada de instrução, **e elaboração de Instrução Técnica Inicial - ITI Complementar, com realização de nova citação dos agentes responsáveis**, e, ainda, **que seja determinado, cautelarmente**, ao Sr. Diretor Presidente do IDESC e ao Sr. Prefeito de Cariacica, que imediatamente, notifiquem o Concessionário Consórcio Techmob para que sejam tomadas algumas providências ali especificadas.

A área técnica sugere, ainda, a **notificação** da autoridade competente para que se pronuncie, no prazo de 10 dias, e, no prazo assinalado, cumpra a decisão, publique extrato na imprensa oficial quanto ao teor da decisão, comunicando ao Tribunal de Contas as providências adotadas.

Sugeriu, por fim, que seja expedida comunicação de diligência aos responsáveis para que tragam cópia integral de eventuais processos sancionatórios instaurados contra a concessionária por inadimplência contratual ou normativa.

Na sequência, o Eminentíssimo Conselheiro Domingos Augusto Taufner, encaminhou os autos a este Conselheiro Substituto para prosseguimento do feito, tendo em vista os apontamentos de supostas irregularidades correlatas, tratadas no Processo TC 7670/2018 de sua relatoria, apensado ao Processo TC 3684/2018 de minha relatoria, estando este último em fase mais adiantada de instrução, tudo em atendimento ao disposto no artigo 277, § 1º c/c os artigos 278 parágrafo único e 280 do Regimento Interno desta Corte de Contas, conforme sugestão da equipe técnica na Manifestação Técnica 01265/2018-6.

Conforme regular distribuição vieram os autos a este Magistrado de Contas para decisão, na forma do art. 29 do Regimento Interno, Resolução TC 261/2013.

É o sucinto relatório.

V O T O

Tendo sido autuada a presente representação, noticiando possíveis irregularidades constantes do Contrato Administrativo 5/2016 (Concorrência Pública 1/2016) Processo Administrativo 4/2016 - IDESC, em comento, faz-se necessária a análise dos atos e fatos, para me posicionar quanto ao pedido cautelar formulado.

1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

Da análise do feito, verifico que a área técnica opinou pelo conhecimento da presente Representação, pelo indeferimento da concessão da medida cautelar bem como determinar, cautelarmente, ao Sr. Diretor Presidente do IDESC e ao Sr. Prefeito de Cariacica que, imediatamente, notifiquem o Concessionário Consórcio Techmob para que sejam tomadas algumas providências a respeito da aludida contratação, entre outras medidas.

Assim, transcreve-se o posicionamento da área técnica, nos termos da Manifestação Técnica 01265/2018-6 *verbis*:

[...]

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 à questão do alegado vício de inconstitucionalidade da Lei

CH/RC

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 os processos 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 RITCEES, 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 parcelar, 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.

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. – g.n.

Deste modo, passa-se à análise dos requisitos de admissibilidade da representação em apreço.

CH/RC

2. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE:

No que se refere aos requisitos de admissibilidade da presente representação, conforme previsão contida no artigo 177 c/c o § único do artigo 182 do RITCEES, verifica-se que estes estão presentes, como transcritos, *verbis*:

[...]

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.

§ 1º A denúncia não será conhecida quando não observados os requisitos de admissibilidade previstos neste artigo.

§ 2º Caberá ao Relator o juízo de admissibilidade da denúncia.

§ 3º Na hipótese de não conhecimento, a decisão deverá ser submetida ao Plenário.

(...)

Art. 182. São legitimados para representar ao Tribunal:

I - Chefes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário;

II - Magistrados e membros do Ministério Público;

III - responsáveis pelos órgãos de controle interno, em cumprimento ao art. 76, § 1º, da Constituição Estadual;

IV - Senadores da República, Deputados Federais, Estaduais e **Vereadores;**

V - os Tribunais de Contas dos entes da Federação;

VI - membros do Ministério Público junto ao Tribunal;

VII - unidades técnicas deste Tribunal;

VIII - as equipes no exercício do controle externo, nos termos do art. 37, inciso II, da Lei Orgânica do Tribunal;

IX - servidores públicos e outras autoridades que tenham conhecimento de irregularidades em virtude do exercício do cargo ou de função que ocupem;

X - outros órgãos, entidades ou pessoas que detenham essa prerrogativa por força de suas atribuições legais.

Parágrafo único. Aplicam-se às representações, no que couber, as normas relativas à denúncia. – g. n.

Deste modo, na qualidade de Vereador da Câmara Municipal de Cariacica/ES, tendo o representante interesse e legitimidade, preenchidos os demais requisitos legais e regimentais, deve a mesma ser conhecida.

3. DA PRELIMINAR SUSCITADA PELOS AGENTES RESPONSÁVEIS – NÃO CONHECIMENTO.

Os responsáveis argumentam, em sede de preliminar que a representação não deveria ser conhecida, por não trazer elementos de prova hábeis a comprovar suas alegações.

A esse despeito, a área técnica, manifestou no seguinte sentido, *verbis*:

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 cariaca;

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. – g.n

Verifica-se, portanto, que a preliminar suscitada pelos responsáveis diz respeito ao próprio exame de admissibilidade da representação, pois arguem o não preenchimento de um dos requisitos elencados no art. 177, do Regimento Interno, Resolução TC 261/2013.

Assim, conforme enfrentado no item anterior, na presente peça de representação restou demonstrada a presença dos requisitos de admissibilidade, até porque, o dispositivo supramencionado não exige prova cabal para o conhecimento da denúncia ou representação, **bastando estar acompanhada de indício de prova** (art. 177, III, do Regimento Interno, Resolução TC 261/2013).

Ainda assim, a suposta falta de elementos, no tocante a documentação, restou suprida pelo fato de os documentos necessários à apreciação do feito, a requerimento do representante, foram trazidos pelos responsáveis conforme documentos juntados nos eventos 17/26 dos autos.

Diante disso, acompanhando o entendimento da área técnica, entendo que **a preliminar suscitada pelos responsáveis deve ser rejeitada com o consequente conhecimento da representação.**

4. DOS PRESSUPOSTOS DE CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR:

Os pressupostos de concessão da cautelar são aqueles dispostos no artigo 376 do RITCEES, aprovado pela Resolução TC 261/13:

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.** – g.n.

O inciso I trata do *fumus boni iuris*, comumente denominado pela doutrina de fumaça do bom direito, definido como juízo de probabilidade de existência do direito. Esse é o entendimento de Marinoni e Arenhart:

Para obter a tutela cautelar, **o autor deve convencer o juiz de que a tutela do direito provavelmente lhe será concedida. A admissão de uma convicção de verossimilhança, como suficiente à concessão da tutela cautelar, decorre do perigo de dano e da consequente situação de urgência, a impor solução e tutela jurisdicional imediatas.**

A tutela cautelar é incompatível com o aprofundamento do contraditório e da convicção judicial, uma vez que estes demandam porção de tempo que impede a concessão da tutela de modo urgente. – g.n.

Já o inciso II trata do *periculum in mora*, definido pela doutrina como a irreversibilidade da situação em face da futura resolução de mérito. São os entendimentos de Alexandre Freitas Câmara:

Como dito anteriormente, **o fomes boni iuris não é requisito suficiente para a concessão da medida cautelar. Outro requisito é exigido, e a ele se dá, tradicionalmente, o nome de**

periculum in mora (ou seja, perigo na demora). Isto porque, como sabido, a tutela jurisdicional cautelar e modalidade de tutela de urgência, destinada a proteger a efetividade de um futuro provimento jurisdicional, que esta diante da iminência de não alcançar os resultados práticos dele esperados. E esta situação de perigo iminente que recebe o nome de periculum in mora, sendo sua presença necessária para que a tutela cautelar possa ser prestada pelo Estado-Juiz. (...)

Assim sendo, toda vez que houver fundado receio de que a efetividade de um processo venha a sofrer dano irreparável, ou de difícil reparação, em razão do tempo necessário para que possa ser entregue a tutela jurisdicional nele buscada, estará presente o requisito do periculum in mora, exigido para a concessão da tutela jurisdicional cautelar. – g.n.

Como dito acima, são pressupostos genéricos e essenciais para a concessão de qualquer espécie de tutela antecipada, a existência de prova inequívoca que conduza a um juízo de verossimilhança sobre alegações, aliado ao receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Verifica-se dos autos que a área técnica, propõe o indeferimento da medida cautelar, ainda que reconhecendo a presença dos requisitos autorizadores para a sua concessão, sugerindo, por outro lado, que seja determinado, 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 1.200 sensores de massa metálica, na forma e características previstas no Edital, no Termo de Referência e no Contrato de Concessão 5/2016.

No caso concreto, denota-se que as determinações sugeridas pela área técnica, em sede de cautelar, se confundem com a análise do próprio mérito das questões apontadas na representação, o que demanda uma análise aprofundada do processo, com vistas a garantir a ampla defesa e o contraditório, não sendo este o momento adequado, dado o seu exame perfunctório para apreciação das medidas apontadas.

Ademais, no tocante a suspensão da cobrança da tarifa, conforme asseverou a área técnica entende-se que não seja recomendável, no momento, por se tratar da efetiva prestação dos serviços pela concessionária, mesmo que em suposto descompasso com os padrões mínimos exigidos no edital e no contrato.

Além disso, de uma análise detida do edital e do contrato, inexistem mecanismos de vinculação da remuneração da concessionária ao seu desempenho na execução do serviço concedido, sendo um óbice para a redução das receitas da empresa prestadora de serviços públicos.

Por outro giro, a concessão da medida cautelar, além de necessitar da efetiva comprovação da presença dos requisitos indispensáveis do *periculum in mora*, do *fumus boni iuris* (requisitos positivos), deve-se também restar demonstrado a não-produção do denominado *periculum in mora inverso* (requisito negativo).

Assim, o *periculum in mora inverso* no âmbito administrativo revela-se a concretização de grave risco de ocorrência de dano irreparável, ou de difícil reparação à própria administração pública devido a possível paralização do serviço público, cujos efeitos negativos são gerados por consequência direta da própria concessão da medida cautelar deferida.

No caso vertente, **vislumbra-se a ocorrência de perigo inverso na demora, pois a suspensão da cobrança da tarifa pelo serviço rotativo além de inviabilizar o funcionamento da empresa concessionária certamente ocasionará a interrupção do serviço público que visa a melhor mobilidade no trânsito daquela municipalidade.**

Isto porque, conforme asseverou a área técnica, **mostra-se temerário a retirada abrupta da fonte de receitas da concessionária, uma vez que tal**

medida impactaria diretamente em sua sobrevivência e na de seus empregados e, obviamente na própria prestação do serviço.

Em outras palavras, a concessão da medida cautelar certamente resultaria muito mais efeitos negativos em desfavor da administração pública, do que efeitos benéficos.

Noutro prisma, ao final da instrução do processo, quando do juízo de mérito, restando demonstrado que subsiste as irregularidades apontadas, tal fato resultará na imputação de multas aos responsáveis e, ainda, se constatado dano ao erário, o seu ressarcimento.

Desse modo tenho que assiste razão parcial à área técnica, que sugeriu o indeferimento da medida cautelar, **razão pela qual a medida cautelar tal qual pleiteada na peça inaugural, bem como as determinações sugeridas pela área técnica devem ser indeferidas, conforme motivação externada.**

Em face das razões expostas, deixo de acolher ainda, as sugestões da área técnica quanto à **notificação** da autoridade competente para que se pronuncie no prazo de 10 dias, e, no prazo assinalado, cumpra a decisão, publique extrato na imprensa oficial quanto ao teor da decisão, e comunique ao Tribunal as providências adotadas, e, ainda, a comunicação de diligência aos responsáveis para que tragam cópia integral de eventuais processos sancionatórios instaurados contra a concessionária por inadimplência contratual ou normativa, devendo ser resolvidas tais questões, se for o caso, em momento posterior.

5. DO DISPOSITIVO:

Ante o exposto, acompanhando parcialmente o posicionamento da área técnica, proponho **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de decisão que submeto à sua consideração.

MARCO ANTONIO DA SILVA

Relator

1. DECISÃO TC-0148/2020:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator, em:

CH/RC

1.1. CONHECER da presente representação na forma do artigo 177 c/c o artigo 186 do RITCEES, aprovado pela Resolução TC 261/2013;

1.2. INDEFERIR a concessão da medida cautelar pleiteada na representação, bem como as determinações cautelares sugeridas pela área técnica, pelas razões antes expendidas;

1.3. DAR CIÊNCIA ao representante quanto aos termos desta decisão, encaminhando-se os autos à Secretaria Geral de Controle Externo – Segex para edição de Instrução Técnica Inicial Complementar, pelo setor competente, **seguindo-se o rito ordinário.**

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 28/01/2020 – 1ª Sessão Ordinária Plenária.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha;

4.2. Conselheiros Substitutos: Marco Antonio da Silva (relator).

5. Membro do Ministério Público Especial de Contas: Luciano Vieira.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente